

الوسيط في شرح القانون المدني

الدكتور / عبد الرازق السنهوري

**الجزء الرابع : العقود التي تقع على الملكية
البيع و المقايضة**

تم إخراج هذه النسخة بواسطة :

Mr-Gado

Copyrights © 2007- 2008 Mr-Gado

e-mail : mr_gado@yahoo.com

مقدمة (*)

٩- التعريف بالبيع - نصوص قانونية: أوردت المادة ٤١٨ من التقنين المدني تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتي:

«البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي» (٢).

(*) مراجع في عقد البيع: لوران ٢٤ في البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكسل سنة ١٨٩٣ - هيك ١٠ في البيع والإيجار باريس سنة ١٨٩٧ - جيوار في البيع والمقايضة الطبعة الثالثة جزءان باريس ١٩٠٢ - ١٩٠٤ - أوبري وراو وأسنان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ - بودري وسينيا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ - بيدان وليريسور بيچونيهير وريت دي لاجريس ١١ باريس ١٩٣٨ - بلانول وريبير وهامل ١٠ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٥٦ - بلانول وريبير وهولانجيه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكايتشان ودي لاموراندسير ٢ الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ - جوسران ٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ باريس سنة ١٩٥٥.

رسائل إيرو (Eyraud) في البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤. أ. ألبرت (A. Albert) في التمييز بين بيع المنقول وإيجار العقار أو المنقول هوانيه سنة ١٩٠٦ - ديفي (Defaye) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ - فواسان (Foissin) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٢٤ - ميريس (Murisse) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٥ - كورني (Cornille) في البيع وإيجار الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ - بولار (Boilard) في الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩ - برتيلارد (Brétillard) في الوعد بالتفضيل باريس سنة ١٩٢٩ - دوتريش (Dautriche) باريس سنة ١٩٣٠ - ثيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع نانسي سنة ١٩٣٠ - بوايه (Boyer) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣٢ - ديلومز (Delommez) في الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧.

مؤلفات في القانون المصري والقوانين العربية: الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ - الأستاذان سليمان مرقس ومحمد علي إمام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى سنة ١٩٥٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ جميل الشرفاوي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوي ١٩٥٦ و١٩٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ١٩٥٦ - ١٩٥٧ - الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة سنة ١٩٥٨) - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري دمشق سنة ١٩٥٣ - الأستاذ حسن علي الزنون في البيع في القانون المدني العراقي بغداد سنة ١٩٥٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف في البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦ - في القانون المدني المصري السابق: الأستاذ محمد حلمي عيسى في شرح البيع سنة ١٩١٦ - الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي سنة ١٩٤٠ (وأُنظر طبعة سنة ١٩٥٤ في القانون الجديد).

وفي أشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نحيل إلى الطبعات المبينة فيما تقدم.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية، وأصبحت المادة رقمها ٤٣١ في المشروع النهائي. وفي مجلس النواب والشيوخ أدخلت تعديلات لفظية طفيفة أخرى فأصبح التطابق تاماً تحت رقم المادة ٤١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣ - ص ١٦).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٠/٢٣٥ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٠٦ - ٥٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢ (٢).

ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً (٣). ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع

(١) التقنين المدني السابق م ٣٠٠ / ٢٣٥: البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما.

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري. وانظر في التعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤ - فقرة ٢٧).

التقنين المدني الليبي م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٠٦ - البيع مبادلة مال بمال.

م ٥٠٧: البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو بيع العين بالعين وهي المقايضة.

(ويلاحظ أن التقنين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي، فجعل البيع شاملاً للمبيع المطلق والصرف والمقايضة. ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم، إذ لم يعد هناك مقتضى لإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبلي جائزاً بوجه عام، لا بيع السلم فحسب، فتحلل التقنين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي: أنظر في هذا المعنى الأستاذ الذنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ١٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٢: البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه.

(وتعريف التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق، فهو لم يذكر في خصوص المبيع إلا ملكية الشيء، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً).

(٣) ومن ثم كان البيع بيعاً بالنسبة إلى البائع، وشراء بالنسبة إلى المشتري. وكان الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج، فيسمون العقد «الشراء والبيع» (emptio venditio)، فإذا اختصروها ففي لفظ الشراء (emptio) لا في لفظ البيع (venditio)، لأن الدور الغالب في الإجراءات الشكلية وفي الإشهاد في القانون الروماني كان للمشتري لا للبائع (رويز في عقد البيع في القانون الروماني: مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢). ولا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf)، لقلية الدور الذي يقوم به المشتري (الأستاذ جميل الشوقاوي فقرة ٢ ص ٥). أما التسمية الغالبة في القوانين اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع، لأن أحد البدلين وهو المبيع يكون عيناً معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم، وتتغلب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في القصة. كذلك يبرز في خصوص المبيع المدين بنقل ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشتري، كما يبرز الالتزام على الحق الشخصي فاقصرنا على لفظ «الالتزام».

والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن. ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً فهو يتعقد بمجرد تراضي المتبايعين. واستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص.

وإذا قابلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني بالتعريف الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق (١)، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين: (أولهما) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشيء، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى. فيجوز أن يكون محلاً للبيع، لا حق الملكية فحسب، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر، كما يجوز أن يكون محلاً للبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية. (والأمر الثاني) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود. وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف، ويميزه عن البيع في الفقه الإسلامي ففي هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (٢).

(١) أنظر نص المادة ٣٠٠/٢٣٥ من التقنين المدني السابق في الحاشية.

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أخذ المشروع هذا التعريف عن التقنين المصري الحالي (السابق) وعن التقنين البولوني. ويختار عن تعريف التقنين المصري بأمرين: (أولهما) أنه لا يقصر البيع على نقل الملكية، بل يجاوز ذلك إلى نقل أي حق مالي آخر. فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود. (والأمر الثاني) أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود، وهذا وصف جوهرى في الثمن يحسن أن يذكر في التعريف، لأنه هو الذي يميز بين البيع والمقايضة. وهذا غير الشريعة الإسلامية، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف. ولا يوجد في النصوص المقابلة تعريف لتقنين أجنبي جمع بين هذين الأمرين. فمن التقنينات ما ينفصلهما جميعاً، كما فعل التقنين المصري السابق، ومثله الفرنسي (م ١٥٨٢)، والإيطالي (م ١٤٤٧)، والهولندي (م ١٤٩٣)، واللبناني (م ٣٧٢)، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣٢٣)، والسويسري (م ١٨٤)، والسوفيتي (م ١٨٠)، والياباني (م ٥٥٥). ومنها ما يقتصر على ذكر أن المبيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية ويفعل أن الثمن يجب أن يكون نقداً، كما فعل التقنين التونسي (م ٥٦٤)، والتقنين المراكشي (م ٤٧٨)، والتقنين الألماني (م ٤٣٣)، والتقنين البولوني (م ٢٩٤)، والتقنين الصيني (م ٢٤٥). ومنها ما يعكس الأمر، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً ويفعل النص على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية، كما فعل التقنين الأسباني (م ١٤٤٥)، والتقنين البرتغالي (م ١٥٤٤)، والتقنين الأرجنتيني (م ١٣٥٧)، وتقنين كوبيك (م ١٤٧٢)، والتقنين النمساوي (م ١٠٥٣)، والتقنين البرازيلي (م ١١٢٢) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ - ص ١٦).

ويأخذ الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٣) على تعريف التقنين المدني الجديد أنه لا ينبغي «عن أهم أثر يرتب على البيع في القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد». ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذي ينشئه البيع. وقد نصت المادة ٢٠٤ مدني - كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس - على أن «الالتزام بنقل الملكية أو =

١٠- البيع ونقل الملكية: ولعل أهم تطور في تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقداً ناقلاً للملكية، وستتابع مراحل هذا التطور عند الكلام في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري^(١). ونقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن في القديم عقداً ناقلاً للملكية. فقد كان البيع في القانون الروماني لا يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية. وكذلك كان الحكم في القانون الفرنسي القديم، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض. ولكن مراحل طويلة من التطور في هذا القانون انتهت إلى أن يكون القبض أمراً صورياً، وكان يكفي أن يذكر في عقد البيع أن القبض قد تم (clause de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري.

وقطع التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور، فجعل البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري. ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلاً للملكية في التقنينات الحديثة، ومنها التقنين المصري السابق والتقنين المصري الجديد، وإن كان الفقه الإسلامي قد تعجل هذا التطور وجعل البيع ناقلاً للملكية قبل ذلك بدهور طويلة، وسرى ذلك عند تفصيل القول في هذا التطور فيما يلي^(٢).

١١- خصائص عقد البيع - اشتباهه بعقود أخرى: وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حق في مقابل عوض نقدي، فهو إذن عقد معاوضة ناقل للملكية والتمن فيه نقد^(٣). وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود. فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلاً، الذي هو أيضاً ناقل

لشيء حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل. ولا شك في أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذي ينقلها من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأمر إلى عقد البيع، وبخاصة إذا أحيط هذا الأمر بقيوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بقواعد التسجيل. وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته، فلو لم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد يبقى بيعاً، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاماً بنقلها. وكذلك البيع غير المسجل يبقى بيعاً، مع أنه لا ينقل الملكية إلا بالتسجيل. وهذا ما جعل الأستاذ سليمان مرقس يستدرج فيقول: «ولعل ما حدا المشرع إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يترتب عليها هذا الأمر ورغبته في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع».

وقد تولى الأستاذ منصور مصطفى منصور (البيع والمقايضة والإيجار) فقرة ٩ ص ١٤ - ص ١٦ الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس. قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى (فقرة ٢٣ ص ٣٦) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (فقرة ١٢ ص ١٤ - ص ١٦) والأستاذ جميل الشرقاوي (فقرة ٧) والأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي (فقرة ٢٧).

(١) أنظر فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ فيما يلي.

(٢) أنظر فقرة ٢٣١ فيما يلي.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية في مقابل ثمن معين يكون بيعاً، ولو لم يذكر لفظ البيع (١ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢).

للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعاً. وكونه ناقلاً للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلاً الذي لا ينقل للمستأجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يترتب له حقاً شخصياً في ذمة المؤجر للانتفاع بالعين. وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميزه العقد عن عقد المقايضة مثلاً، والمقابل في المقايضة ليس مبلغاً من النقود.

ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى، فيدق تمييزه عنها ونضرب لذلك الأمثلة الآتية:

١- قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود. فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشيء الموهوب، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمي الثمن فيه عوضاً^(١). والعبارة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع^(٢)، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذي أعطى الشيء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع^(٣). ووجود نية التبرع

(١) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجوه مختلفة: من ناحية الشكل، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البوليصة وصدور التصرف في مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية والغلط في الشخص وغير ذلك من المسائل التي تعرف في مواضعها.

(٢) أ- إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى تنجيز التصرف، فإنه لا يتعارض مع تنجيزه عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد لأن التصرف الناجز يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد في حقيقته بيعاً أو هبة مستترة في عقد بيع استوفى شكله القانوني.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٩٨٤ ع ١٤)

ب- الخلاف حول ما إذا كانت ملكية القاصر للاطيان موضوع النزاع قد آلت إليه من والده على سبيل الهبة أم بطريق التبرع هو في حقيقته نزاع حول تكييف عقد البيع الصادر للقاصر من أبيه وهل كان بيعاً حقيقياً دفع فيه الثمن من طرف ثالث تبرعاً للقاصر أم كان هبة مستترة من الأب.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٩٥٧ لسنة ٤٩ ع ٤)

(٣) وقد يتخذ البيع ستاراً للهبة، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن، ثم يهب البائع الثمن للمشتري. مثل هذا العقد لا شك في طبيعته فهو هبة، بل هبة مكشوفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل. فإذا اتقن الواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن للمشتري بل ذكر أنه قبضه، فالعقد هبة مستترة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية.

بل إن الوصية - وهي تصرف من جانب واحد لا عقد، وتبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع - لتتبرس كثيراً بالبيع وتتخذ ستاراً لها. وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد:

«وكثيراً ما تستتر الوصية تحت اسم آخر كالبيع، فعلى محكمة الموضوع أن تبين إرادة المتصرف وأن تكييف هذه الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاضعة في ذلك لرقابة محكمة النقض... ونياً المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد، وكعدم تسجيل العقد، وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو المواريث من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته... وتضمن القانون =

== الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧، وتقضى بأنه إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية، ما لم يقدّم دليل يخالف ذلك. ويرى مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والهبة، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف، أن باعث القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم. فقد كان القضاء يرجع جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث، فكانت القضاء يعالج بهذا التساهل عيماً في القانون، ليصحح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة. أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث، فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بتبرير أسمائها الحقيقية، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة، فلا محل إذن للوصية المستترة... ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها القانون الجديد - وهي احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه في الانتفاع مدى حياته - هي الشيء الثابت في هذه المسألة. وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع يباشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض أن التصرف وصية (الوسيط ١ ص ٥٩٦ - ص ٥٩٩ في الهامش). ويلاحظ أن المادة ٩١٧ مدني استحدثت قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً، فلا يكون لها أثر رجعي، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية (الوسيط ٢ فقرة ٣٢٢ ص ٦٠١ هامش رقم ٢ - بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر - جنى العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ ص ٣٣٢ - ص ٣٣٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣١ - ص ٣٣ - الأستاذ أسماعيل غانم ص ٣٣. وأنظر عكس ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات، والنصوص الخاصة بالإثبات ما عدا النصوص الخاصة بالأدلة التي تعد مقدماً تسرى على جميع الوقائع بأثر رجعي سواء كانت لاحقة لصدورها أو سابقة: الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨).

ونضيف هنا قضاء محكمة النقض في تكييف العقد بيعاً أو هبة: اشترط البائع حق الانتفاع بالمبيع طول حياته ومنع المشتري من التصرف: بيع (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٢ ص ٤٠١) - تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمان طويل: صحيح إما كبيع أو كهبة مستترة (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٤ ص ٤٠٢) - اتفاق البائع والمشتري على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع لينتفع بها طول حياته: بيع أو هبة مستترة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧) - نفذ العقد في حياة البائع برفع يده عن الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل العقد: بيع (١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشتري من التصرف لا يحول دون اعتبار التصرف بيعاً (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣) - ليس من الضروري وضع المشتري يده على العين لتكييف العقد بيعاً (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧١٨) - نزل البائع للمشتري عن باقي الثمن واشترط ألا يتصرف المشترون في المبيع ما دام حياً ولكن صدر منه بعد ذلك إقرار يلغى هذا الشرط ويطلق للمشتري حرية التصرف، فهذا بيع لا وصية (٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤) - لا يكفي لتكييف العقد وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشتري (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض رقم ٤٤ ص ١٥٢) - بيع مسجل من والد إلى ولده: بيع أو هبة مستترة (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦) - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في =

مسألة واقع، يقدرها قاضي الموضوع وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض (١). ويرجح وجود هذه النية أن يكون العرض في مصلحة شخص ثالث غير الواهب، بل قد يكون الموهوب له الحقيقي هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواهب المتعاقد الآخر بينهما (٢).
٢- وقد يدق التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته، بل على ثمراته أو منتجاته. ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انتقاص، أما الأخرى فتتناقص حتى تنفذ فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية، أما الفحم والبتروك والمعاد والحجر في المناجم والحاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاذ ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها على منفعة متجددة (٣). ويغلب أن يكون هذا صحيحاً، ولكنه قد لا يصدق في بعض

== العين المبيعة ما بقي البائع حياً لا يمنع من تكييف العقد بيعاً (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦) - وفي تكييف العقد وصية: لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورهن بعض الأطنان (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩) - وجوز ورقة ضد تقضي بأن البيع لا يسرى إلا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧)، استبقاء البائع حيازة المبيع وعدم دفع المشتري للثمن ومنعه من التصرف وعدم إلزامه بدفع الأموال (١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧) - تصرف من والد إلى ولده بشمن بخص مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشتري من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠) - عقد صاد من مورث إلى وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً وظل واضحاً يده على المبيع طول حياته واحتفظ بالمقد عند حتى لا يسجل (٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض رقم ٦ رقم ١ ص ٣٢٢) - وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادي (٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧).

وأنظر أيضاً في تكييف العقد وهل هو وصية أو عقد تملك منجز: نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٨ رقم ٢ ص ٤٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ (إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين) - ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٧ رقم ١٩ ص ١٤٨ - ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٧ رقم ٤٥ ص ٣٠٦.

(١) جيوارا فقرة ٧٠.

(٢) بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٨.

(٣) بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن قد تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال المنطوق الجاف بمستقتات منطقتين رسماً مزادهما عليه مقابل ثمن معين، وعلى أن يدفع لوزارة المالية علاوة على هذا الثمن كذا جنيهاً عن كل طن، =

الحالات. فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا إيجاراً للأرض. ويغلب في هذه الحالة ألا يسلم البائع الأرض للمشتري ولا يسلم له إلا المحصول، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري. أما في الإيجار فتسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها، وتكون مصروفات الزراعة على المستأجر لا على صاحب الأرض^(١). ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر، ولا أن تكون مصروفات إنتاج المحصول الذي باعه صاحب الأرض أو بعض هذه المصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض. فالعبرة إذن بنية المتعاقدين، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرائن قضائية على هذه النية، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها، تقديره وتقدير موضوعه لا معقب عليه فيه من محكمة النقض^(٢). فقد يؤجر صاحب المنجم أو المحجر منجمه أو محجره ليستغله المستأجر في مقابل أجره دورية فيكون العقد إيجاراً لا بيعاً، وتسرى أحكام الإيجار وبخاصة ما يتعلق منها بتجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر، وكل هذا يختلف تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع^(٣).

وهناك فرض آخر يدق فيه التمييز بين البيع والإيجار، فقد يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واطب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن. وهذا ما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location- vente)، وقد ورد فيه

= كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية التطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المزاد عليه، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ريعاً للمستنتقات المذكورة، لكونها جزءاً منه لا بد من نفاذه يوماً ما. وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ المؤجرة والإيجار والمستأجر - أنه عقد بيع للتطرون لا عقد إيجار للمستنتقات. والمبيع بموجبه هو عين معينة هي كل التطرون الموجود بالمستنتقات بلا حاجة إلى وزن، وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة. وينبنى على ذلك اعتباره بيعاً جزافاً، فهو يقع لازماً مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشتري (٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣١ ص ١٦١).

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٥ - ص ٦.
(٢) أما التكييف القانوني للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣). ويراعى في التكييف أن البيع ينشئ التزاماً بتقل الملكية، أما الإيجار فينشئ التزاماً بعمل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.
(٣) وليس من الضروري ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة، فقد يؤجر صاحب الأرض بعض منافع أرضه، كأن يؤجر حق الصيد فيها (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦).

وقد يقال إن الإيجار عقد زمني فالزمن فيه عنصر جوهري، أما البيع فعقد فوري. وهذا الميار صحيح في جملته وإن كانت هناك بيوع الزمن فيها عنصر جوهري فتكون عقوداً زمنية وذلك كعقود التوريد.

نص خاص هو نص المادة ٤٣٠ مدني، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً فتسرى عليه أحكام البيع. ومنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً في مكان آخر^(١).

وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة. مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة. فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذى يختاره المتعاقد الآخر، فإن اختار النقود كان العقد بيعاً، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة. ولا يقع في هذا الفرض ليس ماء، وخصوصيته في أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة^(١)، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذى يدفعه. ولكن قد يدق التمييز فيما إذا أعطى شخص داراً لآخر في مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً؟ الظاهر أن هذا المقابل، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السوق، إلا أن العبرة فيه هي بطبيعته وقت العقد، وهو ليس نقداً، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً. وإذا كان المقابل لإيراداً مرتباً مدى الحياة، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق في المرتب، ومن ثم يكون العقد مقايضة. ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه - وهو نقود - على وجه احتمالي في صورة الإيراد^(٢). وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود، فإذا كان العنصر الغالب هو النقود، كما إذا بيعت

(١) أنظر فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ فيما يلى - وقد يشبه البيع بالإيجار في التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، حيث ينزل المستأجر عن إيجاره لغيره وهذا هو البيع أو يؤجر حقه للغير وهذا هو الإيجار من الباطن. ويرجع في ذلك إلى قصد المتعاقدين، ولكن قد يخفى هذا القصد حتى يدق التمييز. بل يقع أن يتعمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد التصرفين وهو يقصد التصرف الآخر. فسمدت الفقرة الأولى من المادة ٥٩٤ مدني إلى قطع السبيل على هذا التحايل، ونصت على أن يمنع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضى منعه من التنازل عن الإيجار، وكذلك العكس.

(١) المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هي قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويسرى عليها في الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايبض بائعاً للشيء الذى كان مملوكاً له وقايض به، ومشترياً للشيء الذى كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه، والآثار التى تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التى تترتب على البيع من حيث التزامات البائع، فيلزم كل من المتقايبضين بنقل ملكية الشيء الذى قاضى به إلى الطرف الآخر، كما يلتزم بتسليمه إياه وضمان التعرض والاستحقاق.

(جلسة ١٩٨٤/٤/١ الطعن ١٨٤ لسنة ٥٣ ق ص ٣٥ ص ١١١)

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٤ الطعن ٤٢ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢ الطعن ١٦٧٨ لسنة ٥٦ ق)

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ ص ١٦٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧ ص ١٣٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ١٣٤ ص ١٩٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ ص ٩٢ - الأستاذ جمال الدين زكي في العقود المسماة فقرة ١١٨ ص ٢٣٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٥.

سيارة جديدة بألفين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة، فالعقد بيع. أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين في القيمة مع دفع معدل من النقود زهيد، فالعقد مقيضة (١).

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقود أخرى غير العقود الثلاثة المتقدمة الذكر، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك.

١- فقد يدق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل. وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط (٢) أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييف. فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى في مقابلة دين يوفى به، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل الملكية أحكام البيع، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ مدني). وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين، فيحل محل الدين الأصلي دين جديد، ويقترن التجديد في الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عيناً بالشئ المعطى (٣). فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء، ويسرى عليه أحكام كل منهما. ثم هو في الوقت ذاته ناقل للملكية الشئ المعطى، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٤).

٢- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاولة. فإذا كان الصانع هو الذي ورد الخامات التي يصنعها، وكانت الخامات أكبر قيمة من عمله، فالعقد بيع. ومن ثم يكون العقد الذي يلتزم به صاحب المصنع أن يورد مصنوعاته إلى العميل، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بواخر أو سيارات أو غير ذلك، هو بيع أشياء مستقبلية. أما إذا كانت الخامات أقل قيمة من العمل، كالرسم يورد القماش (toile) أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها، فهذه الخامات أقل من قيمة عمل الفنان، ويكون العقد عقد مقاولة لا عقد بيع. والخياط (الترزي) إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل

(١) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - وأنظر ما يلي فقرة ٢٠٤ وفقرة ٤٢٧.

(٢) فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٨٠.

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٠.

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إعطاء المستأجر المحصول للمؤجر للوفاء بالأجرة لا يعتبر وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعاً ما دام لم يحدد الثمن. ولكنه تسليم المحصول للمؤجر على سبيل الضمان، مع توكيله في بيعه لحساب المستأجر بعد خصم الأجرة. فالمحصول في هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر، ومن ثم إذا وقع أحد دائيه الحجز عليه لم يكن للمؤجر أن يعترض على الحجز بأن وقع على مال غير مملوك للمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٠٧).

فالعقد مقاولة، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (١). وقد تتقارب قيمة القماش وقيمة العمل، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة (٢). أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاولة، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أي بعد أن يقام عليها المبنى (٣).

٣- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة. فيقع أن يودع الشيء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين، على أن يأخذ المودع عنده مقدراً معلوماً أجراً له. مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة لبيعها صاحب المكتبة، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة لبيعها. ففي هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة، وهذا إما أن يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيله بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجراً معيناً على ما يقوم ببيعها. وإما أن يعتبر، عندما يجد مشترياً، أنه هو اشتراها أولاً من صاحبها بثمن معين، ثم باعها للعمل بثمن أكبر، والفرق هو مكسبه. والقول بتكييف أو بآخر يتوقف على نية المتعاقدين، وهذه النية يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف الواقع (٤).

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على ما يأتي: «على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلى فرعاً، كان هناك بيع لا استئصال».

(٢) ويقرب من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٨ ص ٣٠.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥.

(٤) قارن بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٤ - والأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥ - ومن أفضية محكمة النقض في اختلاط الوديعة بعقد البيع ما قضت به من أن التزام المودع لديه رد الشئ بعينه عند طلبه شرط أساسي في وجود عقد الوديعة، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة. فإذا سلم قطن لخلج بموجب إيصال ذكر فيها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عيناً، ثم تصرف صاحب الخلج في القطن بدون إذن صاحبه، لم يعتبر ذلك تبديداً معاقباً عليه بالمادة ٢٩٦ من قانون العقوبات (م ٣٤١ جديد). نقض جنائي ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٢ رقم ٣٢٧ ص ٤٨٨ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجريه المشتري، فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة، فإن تصرف فيه إضراراً بصاحبه فإنه يكون خائن الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات (نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩). وقضت كذلك بأنه إذا كان العقد يتضمن إقراراً يدين مصحوباً بتأمين كمية من القطن أودعها المدين لحساب دائته لدى تاجر قطن كان اشتري فيما اشتراه من الدائن هذه الكمية، وذلك على أن يكون لهذا التاجر حق بيع القطن بسعر الكونترانات والاستداد بدينه على الدائن وفوائده من ثمنه إذا هبط سعره، ولم يقم البائع بالتنظية بحسب العرف المقرر لبيع الأقطان ببورصة البضائع، فإن هذا العقد ليس مجرد عقد بيع مدني عادي يكون في المودع لديه أو المشتري ملزماً ينقل أسعار القطن شهراً فشهراً حتى يأذن له البائع في بيعه، وإنما هو عقد يتضمن تكليف المشتري أو المودع لديه ببيع ما لم يقم البائع بالتنظية الواجبة عرفاً عند هبوط السعر (نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ مجموعة عسراً رقم ١٣١ ص ٤٠١).

٤- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة. ويحدث ذلك مثلاً في حالة الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom)، فإنه يشتري باسمه ما وكل في شرائه، وتنقل ملكية الشيء إليه ثم ينقل الملكية بعد ذلك بعقد جديد إلى الموكل. فينطوي التسخير إذن على عقد وكالة هو الذي أبرم بين الموكل والمسخر (١)، وعقد يبيع العقد الأول هو الذي أبرمه المسخر مع المتعاقد الآخر والعقد الثاني هو الذي أبرمه المسخر مع الموكل. ومن ثم لا يختلط البيع بالوكالة في هذه الحالة، بل يقترن بها. وكذلك السمسار والقومسيونجي يقوم كل منهما بشراء الشيء باسمه ولكن لحساب عميله، ثم ينقله إلى العميل بعقد جديد، فيكون هناك عقد سمسة (وكالة) مقترناً بعقد يبيع على النحو الذي رأيناه في المسخر (١).

٥- وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض. ويحدث ذلك في مثل القرض الآتي: يريد شخص أن يقترض من آخر، فيعمد إلى شراء سلعة من المقرض بضمن مؤجل، ثم يبيعها بضمن معجل، فيصبح مدينًا بالضمن المؤجل ويتقاضى في الوقت ذاته الثمن المعجل، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت. وتكشف هذه العملية المركبة عن أن

(١) وقد تختلط الوكالة بالبيع في البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (déclaration de com-mande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة، تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير، غير جار على إطلاقه. فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تنافراً، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً. ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع. أما قبل ذلك، أو إذا لم يعمل هذا الحق، أو إذا أعمله بعد الميعاد، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٨١ ص ٣١٢).

(١) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير - وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به، ويجب لأعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير في العقد بأن يحتفظ المشتري عند إبرام العقد بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصنف، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادراً من البائع إلى هذا المشتري المستر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر.

(جلسة ١٩٨١/٤/١٥ الطعن ١١٠ لسنة ٤٧ ق ٣٢ ص ١١٣٢)

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٧٢)

(جلسة ١٩٦١/١١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٧١٣).

المشتري إنما هو مقترض، اقتترض الثمن المعجل على أن يؤدي بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين إنما هو فوائد القرض. وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي ببيع العينة (١). والواجب في هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين، ويغلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض برها فاحش، احتال المتعاقدان للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بضمن مؤجل والآخر بضمن معجل. ومتى تبين للقاضي أن هذه هي نية المتعاقدين، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيعين من حسابه، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح به قانوناً. وقد كان يبيع الوفاء قبل تحريمه يحقق هذا الغرض في كثير من الأحوال، فيتخذ وسيلة إلى القرض برها فاحش. فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع عينا، وإنما هو يرهنها عند المشتري وفاء فإذا رد القرض في الميعاد المضروب استرد العين، ويكون المشتري قد استولى على الربح وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها. وإذا لم يرد المقرض القرض في الميعاد، ضاعت عليه العين. ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرضاً مضموناً برهن (١)، وقد صدر تشريع في عهد التقنين المدني السابق يقضي بجعله باطلاً باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً، أما في التقنين المدني الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ ذريعة لمثل هذه الأغراض (٢).

١٢- أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة: وعقد البيع هو أكثر العقود شيوعاً في التعامل، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية. وحتى قبل أن تتسع مبادئ التجارة وتنوع ضروب البياعات التجارية، كان البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة، ولا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع (٣).

(١) ويعرف القانون الفرنسي القديم هذا العقد، ويسميه بوتيه Mohatra (بودري وسينيا فقرة ٢٢). (١) أ- مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع بل يجوز إثباته في ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع، واستظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع في الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن ٥٠٩ لسنة ٤٢ ق ٢٧ ص ٦٥٢)

ب- الصورية النسبية التدللية التي تقوم على إخفاء رهن وراء بيع، تعد تخايلاً على القانون وما يترتب عليه بطلان البيع، وللمتعاقد أن يثبت بكافة الطرق ومنها البيعة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً وإنما هو على خلاف نصوصه يخفى رهناً.

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ٥٧١)

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢٨ الطعن ١١١٣ لسنة ٥١ ق)

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦.

(٣) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد في رحاب عقد البيع (الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٣ ص ٧). وفي الفقه الإسلامي بوجه خاص، أحكام عقد البيع هي المصدر الأول الذي يستخلص منه أحكام عامة لنظرية العقد.

ولم يكن البيع معروفاً في البداية، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة، ثم النقود. فكان الناس في أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة، ولكن المقايضة لن تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايز عليها. فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل عسيرة التناول وقل أن تفي بالأغراض المختلفة التي جدد للناس. وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع، وتكون هي الوساطة في التبادل. فكانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة، وبخاصة الذهب والفضة، يزن المشتري منهما ثمن ما يشتريه. ثم أنشئت دور لسك هذه المعادن، ولم يكن للدولة رقابة عليها في البداية، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها، وأصبحت وحدها هي التي تسك العملة. وهكذا ظهرت النقود وساطة للتعامل^(١)، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع، وانتشر هذا العقد في جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة، وأصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس. على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة في معاملاتها، حتى أن الفقه الإسلامي يجعل البيع شاملاً لها كما تقدم القول.

ولم تختلف المقايضة تماماً من ميادين التعامل، فقد يقع أن يتقايز شخصان شيئاً بشئ، فإذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن في دور ثانوي كمعدل (soulte) للقيمتين. ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عقب عقد البيع، دون أن يفيض في هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هي عين أحكام البيع، لا فرق بين العقدين إلا في طبيعة المقابل فهو نقد في البيع وعين في المقايضة. وحظ المقايضة في التعامل الخارجي أوفر من حفظها في التعامل الداخلي، فكثير من الدول في العصر الحاضر، بعد تعقد شؤون النقد، تتفق فيما بينها على تقايز السلع.

١٣- تنظيم عقد البيع في التقنين المدني السابق: أفاض التقنين المدني السابق في تنظيم عقد البيع^(٢)، فموض بهذا التبسط اقتضاه في نصوص النظرية العامة للعقد، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعلقة بالبيع. على أنه بالرغم من تبسطه في تنظيم عقد البيع، لم يراع ترتيباً علمياً واضحاً في تنسيق نصوصه. وترك الكلام للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد، حيث تنعى هذا النقص على التقنين المدني السابق في العبارات الآتية:

«أما البيع بوجه عام، فلم يراع فيه التقنين الحالي (السابق) ترتيباً علمياً واضحاً. فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام، بل هو

(١) وقد هجرت العملة المعدنية في العصر الحاضر، وحل محلها العملة الورقية.

(٢) خصص التقنين المدني السابق عقد البيع بمائة وإحدى وعشرين مادة وزعت على سبعة فروع، فكان حظه من التنظيم أوفر من أى عقد آخر.

يعرف البيع، ويذكر أركانه وأوصافه، ويبين كيف يكون إثباته، ويستعرض حالات معينة (بيع الجراف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة)، ثم يقرر أن مصروفات العقد ع المشتري وهذه هي المسألة الوحيدة التي يمكن إدخالها في أحكام البيع. أما المسألة الأخرى فمن الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها، ثم إن كثيراً منها لم إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة، كالإثبات (م ٢٣٧/٣٠٢ - ٣٠٣) والبيع المعلق ع شرط أو المقترن بأجل (م ٢٣٨/٣٠٤) والبيع التخيري (م ٢٤٤/٣١٠). وخصص الفصل الثاني للمتعاقدين، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه. وظهر أن هذا خطط لا مسوغ له بين أركان البيع وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص ك قدمنا^(١). وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطق، إلا أنه أورد هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص^(٢). وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذي عنون بها خطأ الفصل الأول. وبسط في هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشتري على ترتيب لا يؤخذ عليه عيب واضح. وخصص الفصل الخامس للغبين في البيع، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الثمن^(٣).

١٤- تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد- ما استحدث هذا التقنين التعديلات: أما التقنين المدني الجديد فقد كان أسد منطقاً في ترتيب نصوصه، إذا استعرض في أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشتري.

ففي أركان البيع خصص بالذكر المبيع والثمن، استعرض حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المذاق، واشتراط في الثمن أن يكون نقداً مقدراً أو قابلاً للتقدير، استطرد إلى الغبن على اعتبار أنه يرد قيداً على حرية المتعاقدين في تقدير الثمن.

واستعرض التزامات البائع، وهي نقل الملكية والتسليم والضمان. فقرر في الالتزام بنة الملكية ما هي الأعمال التي يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام، وكيف تنته الملكية في الشئ المبيع جزئياً. وفي الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أى شئ يقع التسليم وحدد طريقة التسليم، وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فبين على من تقع تبعه.

(١) هذه مسألة فيها نظر. فقد عمدنا، في شرحنا هذا للبيع، إلى أن ندمج هذه المسائل في أركان البيع في الأماكن المناسبة. فالبيع لعمل القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها، ويتصل هذا اتصالاً وثيقاً بركن في البيع هو المبيع. وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع، من حيث تعيينه وتصرف المريض في شئ مملوك له رعاية لحق الورثة. وبيع النائب لنفسه يدخل في النيابة في التعاقد، وهو يتصل اتصالاً وثيقاً بالتراضي كركن في البيع، فيجوز صدور الرضاء من الأصل أو من النائب.

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر. فبيع ملك الغير يتصل بالمبيع، من حيث إن الأصل أن يكون المبيع مملوكاً للبائع، وهذا يجر إلى الكلام في بيع ملك الغير. وهذا ما فعلناه في شرحنا.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧ - ٨ ص ٨.

الهلاك. وفي الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، وبين في كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه.

واستعرض أخيراً التزامات المشتري، وهي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع. فقرر في الالتزام بدفع الثمن ما الذي يدفعه المشتري، وبين مكان الوفاء وزمانه، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن. واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام، وفي الالتزام بتسليم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته.

وقد توخى التقنين المدني الجديد في كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة، إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء، أو كان في حاجة إلى تحديد، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النظر^(١). وإذا كان التقنين المدني السابق قد تبسط في تنظيم عقد البيع على النحو الذي قدمناه، فإن التقنين المدني الجديد وجد مع ذلك السبيل واسعاً إلى التنقيح، فأضاف نصوصاً جديدة، وحذف نصوصاً معقدة، وعدل أحكاماً معيبة، وصحح أخطاء وقعت في بعض النصوص. وهذه أمثلة على ما تقدم وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى^(٢):

«أضاف نصوصاً جديدة في البيع بالعينة، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول في التجارة والبيع بثمن مقسط، وأبقى حق المشتري في ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حسن النية بحق المتعرض، كما أثبت للبائع حق التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للمشتري ما دفعه للمستحق توكيلاً من استحقاق المبيع، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية المبيع للعمل».

«وحذف نصوصاً معقدة أو نصوصاً لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون في ذكرها فائدة. من ذلك إثبات البيع وما يدخل عليه من الأوصاف، وأهلية كل من البائع والمشتري، وعيوب الرضاء، والبيع للأعمى، والشروط العامة لحل الالتزام، والأثر الرجعي للشرط، وظهور العيب في بعض الأشياء المبعة دون البعض الآخر، وحدوث عيب جديد بعد العيب القديم، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهري».

«وعدل أحكاماً معيبة، وحدد أحكاماً مبهمة، وأوجز في أحكام مسهبة. من ذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨ - ٩ - وتمثل لذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فتقول: «من ذلك تحديد الأعمال الضرورية لنقل الملكية، ونقل الملكية في الشيء المبيع جزافاً، وبيان الطريقة في تسليم المبيع، وتبعية هلاك المبيع قبل التسليم، والاتفاق على تعديل الضمان، وحبس الثمن، وحبس المبيع، وفسخ بيع المنقول لعدم الوفاء بالثمن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩ - ١٠).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠ - ١٢.

البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذاق، وعلم المشتري بالشيء المبيع، وضمان القدر الذي يشتمل عليه المبيع، وتبعية الهلاك الجزئي، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً، وتقدم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لا بشماتين أيام من وقت العلم بالعيب».

«وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الحالي (السابق). من ذلك تبعية الهلاك قبل التسليم في البيع بالتقدير، وأحكام بيع المريض مرض الموت، ونقل الملكية بالتسليم في المنقول».

«هذا إلى أن (التقنين الجديد) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أ إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تتجاوز حدود البيع. من ذلك حوالة الدين، وبيع الحقوق في التركات المنتظرة، وهلاك المبيع في البيع المعلق على شرط، ونقل الملكية في العقار والمنقول بالعقد، وإضعاف التأمينات، ونظرة الميسرة».

١٥ - خطة البحث: والخطة التي تتبعها في بحث عقد البيع أن نتكلم في أركان هذا العقد، ثم في الآثار التي تترتب عليه في فصلين متعاقبين.

ونبحث أنواع البيوع التي أفرد لها التقنين الجديد مكاناً خاصاً بها - بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة والبيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه - كل نوع في المكان المناسب له في الفصل الأول الذي خصصناه لأركان البيع وإذا كان المشرع، من ناحية السياسة التشريعية، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها، فإن الفقيه من ناحية البحث العلمي، يتردد كثيراً في تعقب أثر المشرع في هذه الخطة، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع الشوب الفقهي الذي يلائمه في البيئة التي ينتمي إليها، فإن هذا يعين كثيراً على تفهم طبيعة كل نوع، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً، وهذا من أخص أعمال الفقه. ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها في المكان المناسب له، ولا لإيراد النواحي العملية وتطبيقات القضاء في كل نوع، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهي سليم يساعد كثيراً على إدراك حظ هذه التطبيقات العملية من الإصابة والسداد.

الفصل الأول

أركان البيع

١٦- تطبيق القواعد العامة: أركان العقد، في نظريته العامة، هي التراضي والخل والسبب. والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قيل في نظرية السبب في العقد بوجه عام. ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع: التراضي والخل.

الفرع الأول

التراضي في عقد البيع

١٧- شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيع المشروطة: هناك شروط للانعقاد في التراضي، وشروط للصحة. وقد رأينا كل ذلك في العقد بوجه عام، فتطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات. ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية، فإن البيع من أوفر العقود حظاً في هذه الأوصاف، وبخاصة في وصف منها هو الشرط.

فنتكلم إذن، في مباحث ثلاثة متعاقبة، في شروط الانعقاد في عقد البيع، ثم في شروط الصحة، وننتهي بالكلام في بعض بيوع مشروطة لها شأن ملحوظ في مجال التعامل.

شروط الانعقاد

١٨- التبايع إصالة والنيابة في التبايع: الأصل أن يتبايع المتعاقدان إصالة عن نفسيهما^(١). ولكن كثيراً ما يتم التبايع بطريق النيابة، إما عن البائع وإما عن المشتري وإما عن كليهما.

المطلب الأول

التبايع إصالة

١٩- القواعد العامة: عرفنا في القواعد العامة لنظرية العقد أن شروط الانعقاد في التراضي هي تلاقي القبول بالإيجاب وتطابقهما. وقد يكون التعاقد بين غائبين، فيتم العقد

(١) وهناك حالات نص عليها القانون يباع فيها الشيء على صاحبه فلا يشترط رضاه، مثل ذلك نزع ملكية الشيء وفاء لدين على صاحبه ونزع الملكية للمصلحة العامة (بلائيول وريير وهامل ١٠ ققرة ٢٧).

في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب^(١)، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به إلى أن يثبت العكس. وقد بسطنا القول في كل ذلك في النظرية العامة في العقد، فتطبق هذه الأحكام في عقد البيع على النحو الذي قدمناه^(٢).

وقد يكون البيع صورياً، وقد بحثنا الصورية في الجزء الثاني من الوسيط، فنحيل إلى ما قدمناه في ذلك.

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية، وهذه هي الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون.

وقد يتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه، والتقابل عقد جديد يفسخ البيع الأول. وقد أشرنا إلى أحكام التقابل في النظرية العامة للعقد في الجزء الأول من الوسيط.

والذي نقف عنده هنا مسألتان تطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات:

(١) تطابق الإيجاب والقبول، من ناحية العناصر التي يتم فيها هذا التطابق، ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول، ومن ناحية شكل البيع وطرق إثباته وقواعد تفسيره.

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون.

١- تطابق الإيجاب والقبول

٢٠- العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول: كانت المادة ٥٥٧ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد تجرى على الوجه الآتي: «يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن». وهذا النص مأخوذ من المادة ٣٠١/٢٣٦ من التقنين المدني السابق، وكانت تنص على أنه «لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمانه». ولما تلى

(١) استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٨ ص ٣٣٨ - استئناف مختلط ٣ يولية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠.

(٢) فيجوز التعبير عن البيع والشراء باللفظ والكتابة والإشارة والسكوت، ويكون التعبير صريحاً أو ضمنياً. ويجوز العدول عن الإيجاب قبل أن يرتبط به القبول، إلا إذا عين في الإيجاب ميعاد لقبوله فيلزم الموجب البقاء على إيجابه طول هذا الميعاد. وإذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهليته قبل أن يصل القبول إلى الموجب، فإن ذلك لا يمنع من أن يتم البيع إذا وصل القبول إلى علم الموجب. فهذه الأحكام جميعاً وغيرها من الأحكام التي سق أن أوردها في نظرية الالتزام بوجه عام في صدد العقد تسرى على البيع كما تسرى على العقود الأخرى، فيرجع في ذلك إلى الجزء الأول من الوسيط حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلاً.

المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة، قررت هذه اللجنة حذفه، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١).

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذى يقصدان إبرامه (١)، وهو البيع. فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطني ألفاً وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ، وقل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار يبيعها لا يرهنها، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن، فلا يوجد بيع ولا رهن.

ويجب أن يتفقا على الشيء المبيع، فلو كان للبائع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى فقبل شراءها لم يتم البيع، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشتري أن يشتري أخرى.

ويجب أخيراً أن يتفقا على الثمن (٢)، فلو طلب البائع فى الدار ألفاً ولم يقبل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٤ - ص ١٥ فى الهامش. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى: «النص مطابق للتقنين المصرى الحالى (السابق) م ٣٠١/٢٣٦. وهو إن كان مجرد تطبيق لقواعد العامة، إلا أنه يرمى إلى غرضين: (أولاً) أن يمهّد بذكر المبيع والثمن لإيراد النصوص الخاصة بكل من هذين الركنين. (ثانياً) أن يبين أن البيع عقد رضائى لا يشترط فى تمامه تسجيل ولا كتابة».

وقد نصت المادة ٣٨٨ من تقنين الموجبات والعقود البنائى على أنه «لا يكون البيع تاماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والثمن» ونصت المادة ٣٧٣ من نفس التقنين على أن «صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن والشروط العامة لصحة الموجبات العقدية».

(١) أ- لا يتعقد البيع إلا إذا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذى يقصدان إبرامه بحيث يتلاقى الإيجاب والقبول على حصول البيع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت استخلاصاً سائماً من الخطابين المتبادلين بين الشركة الطاعنة ووزارة التموين المطعون عليها، المفصّل عن إيجاب الشركة وقبول وزارة التموين، ومن الظروف التى لا يستلزم التعاقد أن نية الطرفين لم تنصرف إلى البيع، بل إلى الاتفاق على زيادة «مقطوعة السكر» المقررة لمصنع الشركة مقابل استيراد الأخير كمية من السكر من الخارج وكانت الأسباب التى استندت إليها تبرر قانوناً هذا التكييف فإن النعمى على الحكم - فى هذا الخصوص - بمخالفة القانون يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٦٣/١/١٠ الطعن ٣٦٨ لسنة ٢٧ قى ص ١٤ ص ٩٣)

(جلسة ١٩٦٢/٦/٢٥ الطعن ٣٩٢ لسنة ٢٦ قى ص ١٣ ص ١٢٧)

ب- طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق لاثبات عقدى البيع محل النزاع والمقضى برد وبطلان سدى إثباتهما وهو أمر ممكن وجائز قانوناً باعتبارهما عقدين رضائيين يمكن إثباتهما بكافة طرق الإثبات فإن الحكم المطعون منه إذ رفض هذا الطلب على سند من أنه غير مؤثر فى الدعوى. قصور.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦ الطعن ٩٥١٤ لسنة ٦٦ قى)

(٢) إذا عرض المشتري فى انذاره للبائعين تسقيض الثمن فرفض البائعون فى انذارهم الذى ردوا به - على اذار المشتري - واعلنوا عدم قبولهم هذا العرض وضمنوا هذا الانذار أنهم يعتبرون ما تضمنته عرضاً من جانب المشتري للفسخ وأنهم يقبلونه فإنه طالما أن قبولهم هذا يعارض الإيجاب الصادر إليهم -

المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة لم يتم البيع لأن المتبايعين لم يتفقا على الثمن (١).

وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والثمن ضرورياً ليتم البيع، فهو أيضاً كاف، ولا ضرورة لتتمام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك (٢). فيتم البيع إذن حتى لو

حتم المشتري فإن هذا القبول يعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً بالفسخ وذلك بالتطبيق لنص المادة ٩٦ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٩٧/٢/١٦ مجموعة أحكام النقص السنة ١٨ ص ٣٩٤)

(١) نقض مدنى ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ - ويعرض الفقه الفرنسى مقتضياً أثر بوتيه لفرض بعيد الوقوع فى العمل: يطلب البائع فى الدار ألفاً ويقبل المشتري أن يشتريها بألف ومائتين، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن؟ يذهب بوتيه إلى أن المشتري وقد رضى أن يشترط بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشتري بألف، فيتم البيع على ألف (بوتيه فى البيع فقرة ٣٦ - بودرى وسيتيا فقرة ٢١ ص ١٥). وإذا قيل إن البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأصل للملتزم بالثمن - وهو المشتري - هو الحل الذى يؤخذ به، فيتم البيع على ألف لا على ألف ومائتين. وتنص المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه «تكفى موافقة القبول للإيجاب ضمناً، فلو قال البائع للمشتري بعثك هذا المال بألف قرش، وقال المشتري اشترته بألف وخمسمائة، انعقد البيع على الألف، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة فى المجلس لزم المشتري حينئذ أن يعطيه خمسمائة القرش التى زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري للبائع اشترته منك هذا المال بألف قرش، فقال البائع بعته منك بشماتة انعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف».

ونفرض فيما قدمناه أن المشتري وقت أن زاد فى الثمن أو أن البائع وقت أن نقص فيه قد وقع فى غلط. لكن قد يحدث أن المشتري يبدأ بعرض ثمن معين، وبأبى ضمير البائع أن يسايره فى هذا الثمن، فيقبل البيع بثمن أقل هو الثمن العادل فى نظره، فهنا يكون إيجاب المشتري قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع إيجاباً جديداً (م ٩٦ مدنى)، ويعتبر سكوت المشتري والإيجاب الجديد نافع له نفعاً محضاً قبولاً لهذا الإيجاب الجديد، فيتم البيع على الثمن الأقل. وإذا بدأ البائع بطلب ثمن معين، فأبى ضمير المشتري إلا أن يزيد فى الثمن، فقبل المشتري الشراء بالثمن الأكبر إيجاباً جديداً يقبله البائع بسكوته، فيتم البيع على الثمن الأكبر (أنظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٢).

والمبرة بنية المتعاقدين، وتستخلص النية من القرائن فى كل من الفقه الغربى والفقه الإسلامى. جاء فى الفتاوى الخاتية «رجل ساوم رجلاً بثوب، فقال البائع أبيعك بخمسة عشر، وقال المشتري لا آخذه إلا بعشرة، فذهب به، ولم يقل البائع شيئاً. فهو بخمسة عشر إن كان المبيع فى يد المشتري حين ساومه، وإن كان فى يد البائع فأخذه منه المشتري ولم يمنعه البائع فهو بعشرة. ولو كان فى يد المشتري وقال لا آخذه إلا بعشرة وقال البائع لا أبيعك إلا بخمسة عشر، فرد عليه المشتري، ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئاً، فذهب به المشتري، فهو بعشرة» (شرح المجلة لسليم باز م ١٧٨ ص ٨٣).

(٢) استئناف وطنى ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٨٥ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣.

وفى صدد توافق الإيجاب والقبول فى البيع قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع يتم بتوافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٣٠ مايو سنة -

تكت المتبايعان عن تحديد وقت تسليم المبيع، أو عن تحديد وقت دفع الثمن، أو عما إذا كان الثمن المؤجل ينتج فوائد أو لا ينتج، أو عمن يلتزم بدفع مصروفات البيع، أو عن نحو ذلك من المسائل. فما دام المتبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١).

١٨٩٤م ٦ ص ٣١٠ - ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٨، فلا البيع يتم إذا امتنع أحد المتبايعين من قبول العقد كاملاً (٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٣ ص ٩٢ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٤ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ١٣ مايو ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٢ - ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٨ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٩). ويجوز أن يقتضى عن توقيع المشتري على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضه للعين المباعة أو تصرفه في المبيع مستنداً إلى عقد البيع (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٢ - ٢٣ إبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٥١ - ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٠ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨ - أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦ - ٢٧ يناير ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ - ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ - ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٣). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن البيع الموقع عليه من البائع ملزم ويجوز للمشتري إجباره على تسليم المبيع، ولكن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق الغير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٦ - ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٩٩ - وفي حكمه يكون نافذاً في حق الغير لو سجل: ٥ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٨). ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشتري على عقد البيع إلا ممن له مصلحة في ذلك كمشتري آخر من الباع أو دائن مرتين (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٤ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن مجرد إرسال كتاب من صاحب السعة بعرض سلعته لا يكون إلا إيجاباً غير مقترن بقبول الطرف الآخر (٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤) وبأن مدوالات مجلس إدارة الشركة للترخيص لمدير الشركة في إيقاع البيع لا تعتبر إيجاباً (٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩٠).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رأت المحكمة أن العبارة المحررة في مفكرة المدعى والموقع عليها من المدعى عليه، المتضمنة التزام الموقع بأن يبيع للمدعى الصنف المبينة أنواعه وأوصافه فيها ومقدار كل نوع منه ولحمته وتشمل كل البيانات اللازمة لتوافر أركان عقد البيع ولو أنها مذيلة بعبارة وهذا لحين تحرير لشروط، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فترأت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق ببقاء شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضحت من الطريقة التي بينها في حكمها وقالت إنها تنبأها طوال مدة تنفيذ هذا العقد، فإنها إذ استظهرت توافر أركان التعاقد من التعهد المأخوذ على البائع ومن تنفيذه جزئياً، وإذا استكمل شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى، تكون قد استخلصت ذلك مما ينتج، فلا تصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بسلطة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمرة رقم ٥٧ ص ١٥٤). وقضت من جهة أخرى بأن متى كان الإقرار المتنازع على تكييفه صريحاً في الإفصاح عن قبول المقر بالبيع بالشروط التي ارتضاها، وكان المتنازع بهذا الإقرار يبايع في انعقاد البيع على أساس هذه الشروط، فلا يمكن مع هذا القول بتلاقي الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع، واختلاف الطرفين على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير منعقد لعدم الاتفاق على العين المباعة (نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٢٠٣). وقضت بأنه إذا أودع عقد البيع والثمن أمانة عند أجنبي، وقرر الأجنبي أن السبب في الإيداع هو أن البائع كان باع نفسه للبيع لشخص آخر واشترط ألا يكون هذا البيع الثاني باتاً إلا بعد التقابل من البيع الأول، كيف البيع الثاني بأنه بيع معلق على شرط واقف هو التقابل من البيع الأول (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٦ ص ١٨٥).

ويكون المبيع واجب التسليم فوراً، ويكون الثمن واجب الدفع في الحال، وإذا كان الثمن مؤجلاً ولم يتفق على فوائد لم تستحق الفوائد إلا في حالات خاصة، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشتري. فما نحن نرى أن هذه المسائل التي لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها، ولا يجوز بعد أن تم العقد على النحو الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل دون رضا المتعاقد الآخر (١).

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشئ من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها، فإن البيع لا يتم - لأنها عرضاً للمسألة ولم يتفقا عليها. وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها. ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدني على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقا عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢). وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط (٣).

وسبق كذلك بيان أن الأصل في الإيجاب ألا يكون ملزماً، فيجوز للموجب الرجوع عنه إلى أن يلتقي به القبول. ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٤).

٢١ - صور عملية للإيجاب: قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة (١)، فتعتمد المتاجر

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى التي أوردها الحكم أن راغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بإتمام الصفقة، ووجه في الوقت المناسب إنذاراً للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمي، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشتري عدل عن الصفقة، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدي إليه، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلص إليه، فإنه يكون معيماً متعمداً نقضه (نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩).

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات تخزين المبيع المدة التي بقي فيها مخزوناً، فعند الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع، وتعين المحكمة المتعاقد الذي يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١.

(٤) ٩٢ مدني - الوسيط ١ فقرة ٨٢.

(١) أ - الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٠١٧)

ب - بيع أملاك الدولة الخاصة عدم تمامه إلا بالتصديق عليه من المحافظين دون سواهم كل في دائر اختصاصه بعد موافقة اللجنة التنفيذية للمحافظة. اعتبار التصديق قبول للبيع والرغبة في الشراء =

إلى عرض سلعتها عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات وغيرها من وسائل الدعاية، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع، وتذكر أمام كل سلعة ثمنها. وقد يعتمد المتجر إلى عرض عينات من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به^(١).

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة في التجارة، والخصيصة التي تشترك جميعاً فيها هي أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات، إذ هو موجه للجمهور في مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر. ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً، لأن الموجب لا يعنيه شخص من يوجه إليه الإيجاب، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشراؤها بالثمن الذي حدده لها. ومن ثم إذا تقدم أي شخص من جمهور الناس إلى المتجر، وقبل أن يشتري السلعة المبينة في النشرة أو في الإعلان أو الكتالوج أو الموضوع في الواجهة بالثمن المحدد لها، كان هذا قبولاً صحيحاً لإيجاب قائم، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول. ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض، بعد أن تم العقد على هذا الوجه، تسليم السلعة للمشتري.

على أن هذا الحكم ترد عليه القيود الآتية:

١- عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلع المبينة في نشرة أو إعلان أو كتالوج غير موجه إليه شخصياً، كان هذا إيجاباً من صاحب السلعة لا قبولاً، ويصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة^(٢). أما إذا كانت النشرة أو الإعلان أو الكتالوج قد أرسل إلى

=إيجاب. مؤداه. تخصيص الحكومة للأرض وإفصاحها عن رغبتها في البيع. عدم اعتباره إيجاباً من جانبها. قضاء الحكم المطعون فيه بالزام المحافظ بصفته بتحرير عقد البيع تأسيساً على اعتبار القرارين الجمهوريين ٨٣٦ لسنة ١٩٥٧، ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ إيجاباً من الحكومة صادفه قبول من المطعون ضده بتقديمه للشراء وسداده الثمن. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

(جلسة ٢٠٠١/٢/٧ الطعن ٤٤٢١ لسنة ٦٣ق)

(١) وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد: «ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود. فعرض التاجر لبضائمه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً» (الوسيط ١ فقرة ٧٦ ص ١٧٦).

(٢) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحديدي يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه «يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٦). وجاء في الجزء الأول =

شخص بالذات بعنوانه الشخصي، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً، فإن هذا يعتبر إيجاباً كاملاً، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع في تعاقد. وكذلك عرض السلعة في واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع. أما إذا كانت السلعة غير معروضة في واجهة المكان، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها، وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هي العادة، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل تم البيع. أما إذا لم يبين على السلعة الثمن، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن، فإن عرض السلعة على العميل في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الإيجاب.

٢- في الحالات التي يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر، وبخاصة عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما بقي عنده منها شيء. فإذا نفذت السلعة، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها، كان لصاحب المتجر أن يعتبر نفاذ السلعة بمثابة رجوع منه في الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه^(٢)، فلا يكون التاجر ملزماً بإجابة العميل إلى طلبه.

٣- الإيجاب الذي يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يبقى فيه قائماً، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه. أما إذا لم يحدد ميعاد، فالمفروض أن صاحب

=من الوسيط في هذا الصدد: «والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة. فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه، كالتجار في النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطايق، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم. فإذا استجبت هذه الدعوة إلى التعاقد، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز أن يرفضه لغير سبب مشروع. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا الحكم العادل بما يأتي: «وليس هذا الأمر القانوني إلا نتيجة للحالة التي أنشأها صاحب الدعوة، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق، أو التعسف في استعماله. على أن الإساءة في هذا القرض ترد على مجرد رخصة من الرخص، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه. وقد نعتد المشروع إعفاء تعيين الجراء الذي يترتب على الرضا التعسفي. فمثل هذا الرضا يربط مسؤولية لاشك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال، إذا كان هذا الجراء كافياً. ويجوز للقاضي في بعض الفروض أن يذهب إلى ما هو أبعد، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش» (الوسيط ١ ص ٢١٦ - ٢١٧).

(١) أو يقال إن الإيجاب يقوم ما دامت السلعة موجودة عند التاجر، فإذا نفذت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه.

تتجر إنما قصد أن يقوم إيجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع بضاعة والمألوف في التجارة. فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة، لم يكن التاجر ملزماً بإجابته إلى طلبه.

٤- إذا لم يكن عند صاحب المتجر شيء من السلعة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجيب أى عميل إلى ما يطلب، وإلا كان الإيجاب لدى أصدره لا معنى له. وإنما هو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها له في وقت مناسب. فما دامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض، كان لأى عميل الحق في طلب السلعة بالثمن المحدد، وعلى صاحب السلعة توريدها له في وقت مناسب بهذا الثمن، وليس له أن يحتج بأن السلعة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التي نفذت (١).

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل في هذا الصدد على النص الآتى (م ١٤٣ من المشروع): ١٥- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً. ٢- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (٢). فحذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٣) (١).

(١) أنظر في كل ما تقدم من القيود بودرى وسنيا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٥.
(١) أ- افتتاح المزادة ولو على أساس سعر معين لا يعتبر إيجاباً وإنما الإيجاب لا يكون من جانب المزاد بالتقدم بالعطاء أما القبول فلا يتم إلا بأرشاء المزاد.

(جلسة ١٩٦٤/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٦٨)
(جلسة ١٩٦٦/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٧٣٠)
(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٢٨٧)
ب- دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد بيع الأرض المخصصة لها بالمنطقة الصناعية باحدى المدن الجديدة. خلو الأوراق من صدور قبول من صاحب الصفة بيع الأرض بتوقيعه. أثره عدم انعقاده. القضاء برفض الدعوى لعدم صدور هذا القبول صحيح. سداد المشتري الثمن وتسليمها الأرض والتصريح لها بالبناء عليها. لا يفنى عن توقيع العقد من صاحب الصفة.
(جلسة ١٩٩٩/٣/٢٦ الطعن ١٤٩٣ لسنة ٦٣ ق)

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في الصدد: «وقد تقدم في الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر من الأصل دعوة لبحث الناس على الإيجاب. فليس ينصرف حكم النص في الصورة التي يواجهها إلى الإيجاب النهائي الملزم الذي يقبل إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب. والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ في الهامش الوسيط ١ ص ١٧٦ هامش رقم ١.

٢٢- شكل عقد البيع: ويخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل خاص، فهو ليس بعقد شكلى، بل هو عقد رضائى. فمتى تم الاتفاق على البيع والمبيع والثمن، فقد تم البيع، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة عرفية. فمجرد تطابق الإيجاب والقبول يكفى، شأن البيع فى ذلك شأن كل عقد من عقود التراضى (١).

على أنه قد ينص القانون فى بعض حالات استثنائية على شكل معين لأنواع خاصة من البيوع، وذلك كبيع السفينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية (٢). وقد يتفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية. وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة:

(الأمر الأول) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً باتاً، وإنما اتفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع، إمعاناً منهما فى الحصول على وسيلة قوية للثبات. ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائى، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورقة باعتبارهم ممثلين للتركة ملتزمين مكانه بالمساهمة فى إعداد هذه الورقة. وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى العقد الابتدائى. ولا يكون البيع الابتدائى فى هذه الحالة عقداً شكلياً، بل يبقى عقداً رضائياً، أما البيع النهائى فيكون عقداً شكلياً

(١) استئناف وطنى ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٩٧ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ - استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢.

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه «يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهاً مع مراعاة القواعد الموضوعية لبيع الأموال الثابتة». وكان التقنين المدنى المصرى السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع، فكانت المادة ٢٣٧ وطنى على أنه «يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة»، وتقابلها المادة ٣٠٢ مختلط: «البيع يجوز أن يكون بالكتابة بسند رسمى أو غير رسمى»، والمادة ٣٠٣ مختلط: «البيع يكون بالمشافهة أو بالإشارة».

هذا ولم يغير قانون التسجيل فى العقار من رضائية البيع، فسرى أن بيع العقار لا يزال عقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً إلا لنقل الملكية.

(٢) وقد قضت المادة ١١ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ على أن «تقع التصرفات التي يكون موضوعها إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية على السفينة بحجر رسمى وإلا كانت باطلة».

وإذا كان الثمن ايراداً مرتباً، لم ينعقد البيع إلا بالكتابة فيكون عقداً شكلياً، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدنى على أن «العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً» وتقضى المادة ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الصادر برقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلف فى استغلال مصنعه لا ينعقد إلا بالكتابة، وقد يكون التصرف فى المصنف بيعاً فيكون البيع فى هذه الحالة شكلياً.

وتعتبر بيوعاً شكلية البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب.

بموجب الاتفاق. فإذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاءً، بأن يحصل على حكم بثبوت البيع منذ الاتفاق الأول، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها.

(الأمر الثاني) أن يكون المتعاقدان قد قصداً باتفاقهما مجرد وعد بالبيع، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية. وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين، أو من جانب كل من الطرفين. فإذا أدخل الواعد بالتزامه ولم يساهم في إتمام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها، أجبره الطرف الآخر على تنفيذ التزامه عينا بالحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع. والبيع في هذه الحالة يكون شكلياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذي يصدر لإجراء البيع، ولا يعتبر الحكم موجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت صدور الحكم، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت الاتفاق الأول.

(الأمر الثالث) أن يكون الطرفان لم يقصداً لا بيعاً كاملاً باتاً كما في الحالة الأولى، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما في الحالة الثانية. وإنما قصداً إعداد مشروع للبيع يحدد شروطه مبدئياً، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة العرفية أو الرسمية. وفي هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء. فإذا ما قيل للطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق كتابة الورقة المتفق عليها، فإن البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة، ويكون البيع شكلياً في هذه الحالة (١).

٢٣- الثبات عقد البيع: عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات. وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع بنقل ملكية الدار قيمته ألف

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧- وانظر أيضاً لوران ٢٤ فقرة ١٢٨- جيوار فقرة ٩- بودري وسينيا فقرة ١٨٨- وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يتضمن نصاً يقضى، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة، بأن يفترض عدم الشك أنهما قصداً ألا يتم العقد إلا بالكتابة، فتكون الكتابة شكلاً لا مجرد طريق للإثبات. ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لإمكان الاستثناء عنه، ف يرجع إذن في كل حالة إلى قصد المتعاقدين، وهل أرادا الشكل أو طريق الإثبات، وما هي قيمة الاتفاق الابتدائي الذي أبرماه هل هو بيع كامل أو وعد بالبيع أو مجرد مشروع غير ملزم.

وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي على أن البيع «يمكن حصوله بعقد رسمي أو بعقد عرفي». وكان أصل المادة: «بيع العقارات يجب أن يحصل بالكتابة، ويمكن حصوله بعقد رسمي أو عقد عرفي». ولكن حذف شرط الكتابة في بيع العقارات، وبقيت المادة بعد حذف هذا الشرط، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة. والتفسير الصحيح لهذا النص أن للمتبايعين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادا تحرير العقد، أما البيع ذاته فيتم بمجرد التراضي (لوران ٥ فقرة ١٢٦ - فقرة ١٢٧ - جيوار ٧ فقرة ٧ - أوبري ورو ٥ ص ٢٨ هامش رقم ١ مكرر - بودري وسينيا ٧ فقرة ١٨ وقرة ١٨٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧ ص ٢٥ هامش رقم ١).

لأن الدار قومت بهذا المقدار (١). وكان التزام المشتري بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال.

ومن ثم يثبت عقد البيع بالبيئة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على خمسمائة جنيه (٢). فإذا زاد الثمن على هذا المقدار، أو كان غير معلوم القيمة بأن كان إبراداً مرتباً مدى الحياة مثلاً، لم يجز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة (٣). ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائي القاضي بوقوع البيع وصحة التعاقد (٤).

٢٤- تفسير عقد البيع: عقد البيع، كسائر العقود، تجرى عليه القواعد العامة في تفسير العقد.

فإذا كانت عبارات البيع واضحة، لم يجز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتبايعين (م ١/١٥٠ مدني). ففي تفسير الشروط الظاهرة لا تجيز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم.

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (٢/١٥٠ مدني) (١). ويستهدى القاضي،

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق، فقد يباع حق معروف المقدار بثمن أقل، فيكون التزام المبيع قيمته أكبر من قيمة التزام الحال له (الوسيط ٣ فقرة ٢٦٢).

(٢) أو كان البيع تجارياً، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعي صدور بيع منه إلى المدعي عليه وقيمة الأشياء المبيعة، وذلك لأن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بالقرائن كتصدير البضاعة للمشتري وتسليمها إياه (٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٢٦)، وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بفاتورة صادرة من البائع ومقبولة من سمسار المشتري (٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشتري إيصالاً بالثمن بتوقيع البائع، عد الإيصال مبدأً لثبوت الكتابة يبيح إثبات مساحة الأرض المبيعة وحدودها ووقوع البيع باتاً بالبيئة (١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٩).

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢- وقد كانت العبارة الأخيرة من المادة ٣٠٣/٢٢٧ من التقنين المدني السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة في الإثبات فتقول: «إنما في حالة الإنكار تتبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات».

(١) متى كان الحكم قد نهج في تفسير العقد مهجاً قوياً إذ نظر إلى بصوصه وتبين ما انصرفت إليه نية المتعاقدين وقت التعاقد فانتفى من ذلك إلى وصف صحيح للعقد بأنه عقد بيع خلا من تحديد موعد لدفع الثمن ثم أنزل عليه حكم القانون الصحيح فإنه لا يكون مخالفاً للقانون.

(جلسة ١٩٥٧/٤/٤ الطعن ١٠١ لسنة ٢٣ ق م ٨ ص ٣٥٣)

(جلسة ١٩٥٨/٣/٢٠ الطعن ٨٩ لسنة ٢٤ ق م ٩ ص ٢٢٣)

(جلسة ١٩٦٢/٦/٢٥ الطعن ٣٩٢ لسنة ٢٦ ق م ١٣ ص ١٢٧)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ١٩٩٢)

للكشف عن هذه النية المشتركة، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات.

وإذا قام شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم، البائع أو المشتري، فإن كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م ١/١٥١ مدنى). أما التقنين المدنى الفرنسى فقد نصت المادة ٢/١٦٠٢ منه على أن «الشروط الغامضة فى عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع»، أى سواء كان البائع هو الدائن أو المدين (١).

وإذا كان البيع من عقود الإذعان، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (م ٢/١٥١ مدنى). ففى التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مستثراً للمياه والنور والغاز بشروط أملت عليها الشركة، ولا يستطيع هو إلا أن يذعن لها. فإذا كان هناك غموض فى التزامات الشركة، فسر هذا الغموض، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كانت القواعد العامة تقضى فيما قدمناه، بل لمصلحة العميل إذ هو الطرف المدعى (٢).

٢- الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون

٢٥- مرحلة تمهيدية للبيع النهائى: فرضنا فيما قدمناه أن المتبايعين قد عقدا العزم على التبايع، فأبرما عقد بيع نهائى. ولكن يقع كثيراً أن يمر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية، تؤدى على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائى. وهذه المرحلة التمهيدية نفسها متدرجة، فقد تكون مجرد وعد بالبيع، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون بيعاً ابتدائياً، وكثيراً ما يقترن بالبيع الابتدائى عربون يجيز للعائد الرجوع فى البيع. وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية فى التعاقد بوجه عام (٣)، وتطبق هنا الأحكام التى سبق أن فصلناها فى العقد على عقد البيع بالذات.

فنستعرض: (أولاً) الوعد بالبيع (ثانياً) البيع الابتدائى (ثالثاً) البيع بالعربون.

أولاً- الوعد بالبيع

٢٦- صور ثلاث للوعد بالبيع: قد يتفق المتعاقدان، لا على بيع نهائى، بل على مجرد وعد بالبيع. والوعد بالبيع له صور ثلاث:

(١) وقد أورد الفقه الفرنسى على هذا النص قيدين. أحدهما أنه لا يسرى إلا إذا أعوز القاضى قواعد أخرى لتفسير عقد البيع، والقيد الثانى أنه لا يسرى إلا فى تفسير الشروط الطبيعية المألوفة فى عقد البيع فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هامش رقم ٢ - بودرى وسينيا فقرة ٢٨٤ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨). ومنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (أنظر فقرة ٢٢٥ فى الهامش).

(٢) أنظر فى مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فقرة ٢٨٦ - فقرة ٤٠٠.

(٣) الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٤٢.

(الصورة الأولى) الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente). وفى هذه الصورة يعد صاحب الشئ المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشئ إذا رغب الآخر فى شرائه فى مدة معينة. فيكون صاحب الشئ هو الملتزم وحده بالبيع. إذا أظهر الطرف الآخر رغبته فى الشراء، أما الطرف الآخر فلا يكون ملتزماً بالشراء، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته فى الشراء فيتم البيع النهائى، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع، بل ويسقط الوعد بالبيع.

(الصورة الثانية) الوعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat). وفى هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشئ أن يشتري منه هذا الشئ إذا رغب الأول فى بيعه فى مدة معينة. فهذه، كما نرى، الصورة العكسية للصورة الأولى. ويكون المتعاقد الآخر هو الملتزم وحده بالشراء إذا رغب صاحب الشئ فى بيعه، أما صاحب الشئ فلا يكون ملتزماً بالبيع، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته فى البيع فيتم البيع النهائى، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء.

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع والشراء (promesse de vente et d'achat)، وتحتها حالتان، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وحالة الوعد بالبيع والشراء من الجانبين. ففى الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد يجتمع الوعد بالبيع ملتزماً لجانب صاحب الشئ دون المتعاقد الآخر، والوعد بالشراء ملتزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشئ، أى تجتمع صورتان المتقدمتان. فيكون صاحب الشئ ملتزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته فى الشراء فى المدة المحددة، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالبيع كما قدمنا. ويكون، من ناحية أخرى، المتعاقد الآخر ملتزماً بالشراء إذا أظهر صاحب الشئ رغبته فى البيع فى المدة المحددة، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالشراء كما قدمنا. ونرى من ذلك أن هناك احتمالاً فى هذه الحالة أن كلا من صاحب الشئ والمتعاقد الآخر، الأول لا يظهر رغبته فى البيع والثانى لا يظهر رغبته فى الشراء، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء فى وقت واحد. وهذا بخلاف الوعد بالبيع والشراء من الجانبين، فهذا وعد ملتزم للجانبين وهو بيع كامل، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملتزم لجانب واحد ووعد بالشراء ملتزم لجانب واحد، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى:

١- الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧- أمثلة عملية: يحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه فى حاجة إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء.

فالمستأجر لدار قد يقوم عنده احتمال فى أن يشترطها، ولكنه لا يريد أن يتقيد بالشراء منذ البداية، إما لأنه يريد تجربة الدار وقتاً كافياً وهو يسكنها كمستأجر، وإما لأنه فى حاجة إلى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره، وإما لأى سبب آخر. ففى هذه الحالة يحصل، إذا استطاع، من صاحب الدار على وعد يبيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته فى

راء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار. فيتسع للمستأجر الوقت لتجربة الدار أو بيع الثمن، وقد لا تعجبه الدار أو لا يتيسر له تديير الثمن، فلا يظهر رغبته في الشراء ثم يسقط الوعد. أما إذا أعجبه الدار أو تيسر له تديير الثمن فما عليه إلا أن يبدى نيته في الشراء فيتم البيع^(١).

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة، فيستأجرها من صاحبها ويقيم فيها المصنع. ويحصل في الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في مدة معينة إذا رغب في شرائها. فإذا هو دبر المال اللازم للشراء، أبدى رغبته في أن يشتريها فيتم بيع، وقد أتبع له بذلك الوقت الكافي لتديير الثمن.

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على طبع متجاورة من الأرض لملاك مختلفين، فيعمد من يريد البناء إلى الحصول على وعد بيع من كل مالك على حدة، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك، أبدى رغبته في الشراء، فيتم البيع في جمع القطع اللازمة للبناء.

ويمكن الاكثار من هذه الأمثلة العملية التي يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء^(٢). وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع عقداً ملزماً

(١) ويغلب كما قدمنا أن تكون مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار، فإذا امتد الإيجار امتد الوعد بالبيع، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد تنتهي حتى لو تجدد الإيجار تجددت ضمناً فإن التجدد يعتبر إيجاراً جديداً، وذلك ما لم يجدد الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد. وإذا انفسخ الإيجار بسبب هلاك العين المؤجرة لم ينفسخ الوعد بالبيع، بل يبقى على العين بعد إعادة بنائها. وفي حالة تأجير العين من الباطن، يظل الوعد قائماً لمصلحة المستأجر الأصلي لا لمصلحة المستأجر من الباطن (بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٨٠ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٤).

وقد يقع أن مستأجر العين يحصل على وعد ببيعها، ويعطى لصاحب العين الأجرة مضاعفة، فإذا أكمل الثمن كانت له العين، وإلا استرد ما دفعة زيادة على الأجرة (بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦).

(٢) فمن هذه الأمثلة العملية: شركات البناء العقارية تتضمن عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع العين إلى المستأجر - تدجاً الشركات الصناعية إلى الحصول من الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضمناً لتوسع المصانع - مستأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن يتفق في إصلاحها مصروفات كبيرة - شركة تبحث عن معادن في أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن.

وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تعمد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها هي نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم للحنففة العامة، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصي يترتب عليه حق عيني، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذه على إرادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١).

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للمزايدة بنفسه، فيتفق مع آخر على أن يتقدم هو للمزايدة بعد أن يحصل منه على وعد ببيع العين إذا رسا مزادها عليه. ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول في المراد باسم مستعار. وقد قضت محكمة النقض بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول في =

لجانب واحد، هو جاب صاحب الشئ الذي وعد ببيعه. فننظر كيف ينقذ هذا الوعد بالبيع، ثم نستعرض الآثار التي تترتب عليها إذا انعقد صحيحاً.

٢٨ - كيف ينقذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انعقاداً صحيحاً. رأينا في الجزء الأول من الوسيط^(١) أن المادة ١٠١ مدني تنص على أن ١ - الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينقذ إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢ - وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد^(٢).

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد، بل هو عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعود له^(٣)(١). ذلك أنه قد يتصور أن

المزايدة يحتر في القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم، وأن المعار اسمه لا يملك في حق الأصيل - هذا التحدي محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزد كان عند رسو المزد عليه معبراً اسمه. أما إذا كان الثابت أن الراسي عليه المزد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطنان عند رسو المزد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات، فذلك لا يصح التحدي به في إنكار الملكية على الراسي عليه المزد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣).

وقد يعد مدين ذاته بأن يبيع منه عيناً إذا لم يوف الدين في الميعاد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المختلف على تكييفها - هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول^(٤)، فهذا يدل على أن البيع لا يكن نافذ المفعول في مدة الوفاء. وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد، وإن يتعلق على شرط فاسخ. وإذا فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تملك الدائن للأطنان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عبارتها، وليس فيه مسخ لدلولها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣). وفي هذه القضية كان من الممكن أن يتفق الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق في ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً المطالبة بالدين. أما على اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد، فهذا يقتضي أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط.

(١) فقرة ١٣٤ - فقرة ١٣٥.

(٢) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط ١ فقرة ١٣٤ ص ٢٥١ هامش رقم ١.

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعود له، كما هو الغالب، فهو قبول لا ينشئ في ذمته التزاماً، ومن ثم قد يكون مجرد السكوت قولاً، وبالأولى قد يكون القبول ضمناً.

(٤) النص في المادة ١٠١ من القانون المدني يدل على أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع اتفاق الواعد والموعود له على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به حتى يكون السبيل مهياً لإبرام العقد في المدة المتفق على إبرامه فيها، مما مؤداه أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد لا بد فيه من إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، ومن ثم فهو لا يعتبر بهذه المثابة مجرد إيجاب الواعد بل هو أكثر من ذلك لاقتراحه بقبول من جانب الموعود له، كما أنه لا يعتد في نفس الوقت بيعاً نهائياً بل يبقى دون ذلك لأن كلا من الإيجاب والقبول فيه لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد الوعد به، كما أن -

صاحب الدار مثلاً يصدر منه إيجاب ببيع الدار لشخص آخر ويتضمن الإيجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الإيجاب ملزماً. ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذي تقصده هنا. والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائي. ففي الوعد بالبيع يتفق كل من الواعد والموعد له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعد له رغبته في شرائها خلال مدة معينة، فهذا أكثر من إيجاب ملزم لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر. ولكنه لا يزال دون البيع النهائي، لأن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع. ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائي وفوق الإيجاب الملزم، ففي الإيجاب الملزم لم يلتزم الموعد وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه المدة المحددة. ثم إن الوعد بالبيع، من الناحية العملية، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً في إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للإيجاب الملزم^(١).

ويخلص من المادة ١٠١ مدني التي تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبيع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعد به. فيجب أن يتفق الواعد والموعد له على المبيع والثلثين وعلى جميع شروط البيع التي يريان الاتفاق عليها، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام البيع النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعد له في الشراء. ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر في خلالها الموعد له رغبته في الشراء، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد. ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد الوعد بالبيع هو ما يأتي: (١) العين المراد بيعها، مع تعيينها التعيين الواجب شأن كل مبيع. (٢) الثمن الذي تباع به، مع تحديده تحديداً كافياً شأن كل ثمن^(٢). (٣) المدة التي يجب في خلالها على الموعد له أن يظهر رغبته

=الالتزام فيه قاصر على جانب الواعد وهو التزام بعمل وينصب على إبرام عقد البيع الموعد به.

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ الطعن ٣٦٣ لسنة ٥١ ق ٣٥ ص ١٦٢٧)

(جلسة ١٩٨٣/٤/١٢ الطعن ١٨٤٥ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ الطعن ١٩٨ لسنة ٣١ ق ١٦ ص ١٢٩١)

(جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ الطعن ٥٣ لسنة ٢٩ ق ١٥ ص ١١٥)

(١) ويقول بودري وسينيا إن الوعد بالبيع قد يكون في مرحلة أولى مجرد إيجاب من البائع، وهو إيجاب يستطيع صاحبه العدول عنه، وقد يقوى عن ذلك في مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن بقبول من الطرف الآخر دون أن يتقيد هذا الطرف الآخر بالشراء، فيكون وعداً بالبيع ملزماً لجانب واحد، ويلتزم الموجب بوعده ولا يجوز له العدول عنه، ولكن القابل لا يلتزم بشيء. وقد يصل في القوة إلى المرتبة العليا في المرحلة الثالثة، فيلتزم القابل من جانبه هو أيضاً أن يشتري، فيكون وعداً بالبيع وبالشراء ملزماً للجاسين، وهذا يعدل البيع الكامل (بودري وسينيا فقرة ٥٧).

(٢) وكان بوتيه (البيع فقرة ٤٨١) يذهب، في القانون الفرنسي القديم، إلى أن الاتفاق على الثمن ليس لازماً لصحة الوعد، ويتولى الخبراء تقديره في البيع النهائي. ولكن هذا الرأي غير معمول به في القانون الفرنسي الحديث (بودري وسينيا فقرة ٦٨).

في الشراء^(١)، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمنياً، كما رأينا في حالة المستأجر الموعد ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد هي مدة الإيجار^(٢). فإذا لم تزد المسائل المتفق عليها في الوعد بالبيع على ما تقدم، وأبهرم البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعد له في الشراء، فإن بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون، كما هو الأمر في أي بيع آخر. فيكون تسليم المبيع واجباً في الحال، ويكون الثمن واجب الدفع فوراً، ويكون حق المشتري في الثمن وحق البائع في تقاضي فوائد عن الثمن ومصرفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التي يشتمل عليها عقد البيع خاضعة للأحكام التي تسري على البيع ووفقاً للقواعد التي قررها القانون في هذا الشأن.

ولما كان عقد البيع عقداً رضائياً كما قدمنا، فإن عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكل خاص، شأنه في ذلك شأن البيع. وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدني تقضي بأنه إذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد، فإن عقد الوعد بالبيع لا يدخل في مضمون هذا النص، إذ لم يشترط القانون لتتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول، وهذا ما لم تكن في حالة من الحالات الاستثنائية التي يكون فيها البيع شكلياً^(٢)، فعندئذ يجب أن يستوفي الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذي

(١) وكما إذا كان العقد الموعد به لا يجدي تنفيذه بعد فوات وقت معين، فهذا الوقت هو المدة التي يجب في خلالها إبرام هذا العقد. وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المعقولة، وكان في عناصر القضية ما ينهض لتحديد هذه المدة، جاز الوعد بالبيع، لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد، وإذا اختلف الطرفان في تحديدها تكفل القاضي بذلك (الوسيط فقرة ١٣٤ ص ٢٥٣) - أما في فرنسا فلا يوجد نص - كما يوجد في مصر - يوجب تحديد المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة، ويتولى القاضي تحديد المدة المعقولة (بودري وسينيا فقرة ٧٠ -).

(١) مؤدى نص المادتين ٩٥، ١٠١ من القانون المدني أنه متى تم الاتفاق بين الواعد والموعد على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعد به وعلى المدة التي يجب فيها على الموعد إظهار رغبته في الشراء، يتعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد، ولا يؤثر في صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلاف بين الطرفين حول تنفيذ أي منهما لالتزاماته المترتبة عليه لأنهما في النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لأحكام القانون الوارد في هذا الخصوص، لما كان ذلك، وكان المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التي يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان يتم البيع بدونها، وكان الطرفان - على ما يبين من العقد أنهما لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أرادتا تعيينها لانعقاد الوعد بالبيع عدا أركانه الأساسية وهي المبيع والثلثين، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية قبل ميعاد الوفاء بالثلثين، فإن هذا الوعد الصادر من المطعون ضدها قد انقلب إلى عقد بيع تام يربى كافة آثاره القانونية بمجرد إظهار الطاعن رغبته في الشراء بانذاره المعلن لها في... وإذا لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ٩٧٠ لسنة ٤٩ ق ٣١ ص ٦١٨٠)

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢.

يحب أن يستوفيه البيع (١).

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا، فإن شروط البيع - لا من حيث الانعقاد فحسب بل أيضاً من حيث الصحة - تكون مطلوبة في الوعد بالبيع. فتعتبر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد، ومن ثم يجب أن يكون الواعد أهلاً للبيع لنهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً. وتعتبر عيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد أيضاً، فإنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ لبيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيحي. أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائي لا وقت الوعد، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء، ذلك أنه لا يلتزم بشئ وقت الوعد وإنما يلتزم عند البيع النهائي. على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه. أما عيوب الإرادة فتعتبر بالنسبة إليه وقت الوعد وقت البيع النهائي معاً، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين، فيجب أن يكون رضائه في كل منهما صحيحاً (٢).

ويكفي أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (٣).

(١) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائي أنه في حالة ظهور رغبة الموعود له في الشراء يجب أن يفرغ البيع في ورقة رسمية. وفي هذه الحالة إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء، وجب على الواعد أن يشترك مع الموعود له في إعداد الورقة الرسمية التي تبرم العقد النهائي. ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن للبيع النهائي شكل، وذلك لأن الشكل هنا لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان (أنظر الوسيط ١ فقرة ١٣٥ ص ٢٥٣ هامش رقم ٢). وإذا امتنع الواعد عن إمضاء الورقة الرسمية لإبرام العقد النهائي، فمن رأينا أن يقوم الحكم في هذه الحالة مقام العقد مفرغاً في هذه الورقة الرسمية، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية. يؤيد ذلك ما جاء في المادة ١٠٢ مدني من أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتسامم العقد، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل، متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضي به مقام العقد. وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود بإبرامه هو في الأصل وبحكم القانون عقداً شكلياً كالرهن الرسمي، وكان الوعد به لم يفرغ في الشكل الرسمي، فالحكم في هذه الحالة لا يقوم مقام العقد، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتعويض (الوسيط ١ فقرة ١٣٩). وعلة ذلك أن عقد الوعد في حالة الرهن الرسمي عقد شكلي لم يستوف الشكل، والمادة ١٠٢ مدني تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافراً فيه الشكل الواجب قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد. أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً، كما هو الأمر في الوعد بالبيع، فليس هناك ما يخل بأحكام المادة ١٠٢ مدني إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائي رسمياً، لأن الشروط اللازمة لتسامم الوعد بالبيع - وليس فيها شرط خاص بالشكل - متوافرة، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد.

(٢) بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧.

(٣) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائي، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد ممكناً قانوناً، فلا يجوز الوعد ببيع حق في شركة مستقبلية كذلك يجب أن يكون الباعث على الوعد -

٢٩ - الآثار التي تترتب على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد: إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذي قدمناه، وجب في بيان الآثار التي تترتب عليه التمييز بين مرحلتين: (١) قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء المدة المحددة دون ظهورها.

٣٠ - الآثار التي قد تترتب قبل ظهور الرغبة: قدمنا أن الوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع، فلا يترتب أي التزام في جانب الموعود له. والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو التزام بعمل (obligation de faire)، وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائي مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في الشراء في المدة المحددة (١). ونرى من ذلك أن حق الموعود له في هذه المرحلة - أي قبل ظهور رغبته - حق شخصي لا حق عيني، فلا تنتقل إليه ملكية الشئ الموعود ببيعه. ويترتب على ذلك أمران:

(أ) الأمر الأول: أن الواعد بالبيع يبقى مالكا للشئ الذي وعد ببيعه. فله أن يتصرف فيه، وله أن يوجره وأن يحصل على غلته، وذلك إلى وقت إبرام البيع النهائي (٢). ويسرى بوجه عام تصرف الواعد في حق الموعود له. فإذا كان الشئ الموعود ببيعه عقاراً، وباع الواعد للعقار من آخر، وسجل البيع قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء، بل وبعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن الموعود له من تسجيل البيع النهائي الذي تم بظهور رغبته في الشراء قبل تسجيل البيع الأول، فإن تصرف الواعد يسرى في حق الموعود له. أما إذا كان الشئ الموعود ببيعه منقولاً معيناً بالذات، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء، سرى التصرف في حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع بالتعويض على الواعد (٣).

= وهذا هو السبب - مشروعاً، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريده الموعود له لارتكاب جريمة (الاستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٩٣). لكن إذا وعد شخص ببيع عين سيرتها، ولم يبد الموعود له رغبته في الشراء إلا بعد أن ورث الواعد العين، فإن هذا يكون جائزاً.

(١) ولا يعترض على هذا بأن الالتزام يكون لإراديا، فإن الإرادة هنا هي إرادة الدائن لا إرادة المدين. هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محوطة بطرف لا تجعل الأمر يتعلق بمحض الإرادة، فهو إذا أبدى رغبته في الشراء لابد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعلى القيام بالتزاماته الأخرى (بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣).

(٢) بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨.

(٣) وهذا كله ما لم يستطيع الموعود له أن يطعن في تصرف الواعد بالدعوى البوليصية، بأن أثبت تواطؤ الواعد مع المتصرف له على الإضرار بحقه، أو كان المتصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التواطؤ (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ - قارن بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩). وغنى عن البيان أنه لو تصرف المتصرف له سعي النية لمتصرف له ثان وكان هذا حسن النية، لم يملك الموعود له الطعن في التصرف الأخير لأن المتصرف له الثاني حسن النية، وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البوليصية (بلايول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٩ ص ١٠٣).

ويذهب الأستاذ جميل الشرقاوي إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف إليه إذا كان سعي النية، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقد، فالحكم بالتعويض هو الجزء الوحيد -

إذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء، لم يسر تصرف في حق الموعود له، بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولاً فتنتقل إليه ملكية المنقول. وهذا كله مع مراعاة القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية، فإذا صرف الموعود له في المنقول، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة، فأيهما تسلم العين أولاً - الموعود له أو من تصرف له الواعد - يكون مالكا للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة، ويرجع الآخر بتعويض إلى الواعد.

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاء وقدرًا، تحمل الواعد تبعه ماله (١)، لا لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي قد أبرم، بل أن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشيء يهلك على مالكه. وكهلاك الشيء نزع ملكيته، يتحمل الواعد تبعه (٢).

= الجائر التطبيق. أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقوم في نظره على خلط بين نظام التصرف القانوني ونظام المسؤولية (الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٢٢ ص ٧٥ - ص ٧٦). ويشك الأستاذ عبد المنعم البدرى في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له، فإن المشتري إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي، لم يستطع الموعود له أن يحجج على المشتري بأنه كان سيج النية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدرى فقرة ٩٩).

وإذا تخلف عن هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه - التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية - فهل يحل هذا الشيء حلولا عينيا محل الشيء الموعود ببيعه: يجب الفقه الفرنسي ويذهب إلى سقوط الوعد (بلائيول وريبير وهامل ص ١٧٨)، ولكن القضاء الفرنسي يقول بالحلول العيني (نقض فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ سيريه ١٩٢٧-١-٥٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدرى فقرة ١٠١ ص ١٥١ - ص ١٥٢).

أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً، ومع ذلك أبدى الموعود له رغبته في شرائه، فللواعد أن يلزمه بكل الثمن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٤١ ص ٧٠. وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرى فقرة ١٠١ ص ١٥١ والأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٩٠).

(١) بودرى وسينيا فقرة ٦٧ - فقرة ٦٧ مكررة. وقد قضت محكمة القضا بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه، وهذا يكون حتماً على المالك، وبحكم اللزوم العقلي لا يضمن عنه الواعد بالبيع (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٤٠).

هذا وإلى جانب الأمرين اللذين قدمناهما - استبقاء الواعد للملكية وتحمله تبعه الهلاك - يجوز أيضاً للموعود له أن يحول حقه الشخصي في ذمة الواعد إلى محال له وفقاً لقواعد حوالة الحق (بودرى وسينيا فقرة ٦٩ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨ - بودرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٧). وإذا نرعت ملكية العين الموعود ببيعها للمنفعة العامة، كان التعويض للواعد لا للموعود. وللموعود أن يطالب بمنع الواعد من القيام بأعمال تحول دون إبرام البيع النهائي، كمنعه من هدم الدار الموعود ببيعها. وللموعود له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد، فيرفع دعاوى الحيازة ويقطع -

٣٩- الآثار التي تترتب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة دون ظهورها: ونتقل الآ إلى المرحلة الثانية، وفيها يقع أحد شيئين: (١) إما أن يظهر الموعود له رغبته في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) وإما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة.

ففي الحالة الأولى تظهر رغبة الموعود له في الشراء صراحة أو ضمناً، بشرط أن يكون ذلك في المدة المحددة. وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيع أو إيجار أو غير ذلك، مما تستخلص منه نيته في أنه اعتبر الشيء مملوكاً فتصرف فيه على هذا النحو. فإذا ظهرت رغبة الموعود له في شراء الشيء الموعود به، فإن البيع النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة، ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد (١). ويتبع البيع النهائي قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد (١)، على أساس أن ظهور الرغبة يعد إيجاباً من جانب الموعود له، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبله بموجب الوعد الصادر منه (٢). فيتم البيع النهائي، على هذا الوجه، من وقت ظهور

= التقادم، وله أن يطلب تعيين حارس على العين المبينة إذا شرع الواعد في هدمها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٦).

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ - بودرى وسينيا فقرة ٧٠ مكررة. وإذا اشترط في الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتد به (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٦).

وإذا ارتفعت قيمة الشيء عما كانت عليه وقت الوعد، لم يلزم الموعود له أية زيادة في الثمن. فإذا كان ارتفاع القيمة راجعاً إلى زيادة في المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص ٧٠ - الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٩٤ هامش ٣ - الأستاذ محمد حي لمعيسى فقرة ١٩٧). ويكون للموعود له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٢٧).

(١) ان الوعد الصادر من المطعون ضدها قد انقلب إلى عقد بيع تام يترتب كافة آثاره القانونية بمجرد ظهور رغبة الطاعن في الشراء بإنذاره المعلن لهما في ...

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ٩٧٠ لسنة ٤٩ ق ٣١ ص ٦١٨٠).

(٢) قبول الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمته بموجب الوعد بالبيع، فقد التزم بعمل هو إبرام البيع النهائي، أي قبول الرغبة التي يظهرها الموعود له في الشراء، وإذا نازع الواعد في وقوع البيع، حكم القاضي بوقوعه، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد، لأن الالتزام هنا التزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدني). وقد نصت المادة ١٠٢ مدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول: «إذا وعد شخص بإبرام عقد لم تكل، وقاضاه المتعاقد الآخر طالما تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد». وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أعم هو المادة ٢١٠ مدني، إذ تقول: «في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام». أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٦ ص ٦٩. وانظر في الفقه الفرنسي أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ - بودرى وسينيا فقرة ٦٦ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢.

الرعة^(١). والأمر واضح فيما إذا كان الشيء الموعود ببيعه عيناً منقولة معينة بالذات، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة، فإن البيع النهائي يعتبر قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء، وتنتقل ملكية العين إلى الموعود له الذي أصبح الآن مشترياً، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذي أصبح الآن بائعاً، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل. أما إذا كان الشيء والموعود ببيعه عقاراً، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. فعلى البائع (الواعد) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصديق على إمضائه حتى يكون العقد معداً للتسجيل، فإن هو امتنع عن ذلك أو نازع في أن العقد النهائي قد تم جاز للمشتري (الموعود له) أن يحصل على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد، ومتى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليه^(٢).

وفي الحالة الثانية، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في الشراء، تخلل الواعد من وعده وسقط الوعد^(٣)(١)، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشيء لمن يشاء. وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة. كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له، حتى قبل انقضاء المدة المحددة، أعلن عدم رغبته في شراء الشيء الموعود به، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستقر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز الوعد، ذلك أن

(١) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالبيع بيعاً معلقاً على شرط، إذ أن الموعود له لم يرتبط وقت الوعد أن يشترط ولو تحت شرط، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر رجعي (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤). كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد، وهو التزام بعمل كما قدمنا، إلى تعويض، إذ هو التزام قابل للتنفيذ المعيني عن طريق صدور حكم قضائي - (بودري وسينيا فقرة ٦٤ - فقرة ٦٦ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ - جوسران ٢ نشرة ١٠٧٣).

هذا ويجوز أن يقضى الحكم الصادر بوقوع البيع بتعويض للموعود له عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم مبادرة الواعد إلى الاعتراف بالتزامه (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢).

(١) متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن، إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا انذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء.

(جلسة ١٩٥٤/٥/٦ مجموعة القواعد لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً ٤٢-٣٥١)

(٢) وإذا كان الوعد بالبيع كما يقول الأستاذ سليمان مرقس «مدوناً في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً منه مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع» (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨).

(٣) وذلك دون حاجة لأن يذكر الواعد الموعود له (نقض مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤).

إعلان الموعود له علم رغبته في الشراء يكون بمثابة نزول منه عن حقه الذي استمده من الوعد^(١)(١).

٣٢- الوعد بالتفضيل: وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هي الوعد بالتفضيل (pacte de préférence). وفي هذه الصورة لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر الموعود له رغبته في شرائه، وإنما يلتزم، إذا هو رغب في بيع الشيء أن يعرضه أولاً على الموعود له تفضيلاً له على غيره، فإن قبل الموعود له شراؤه تم البيع. فالذي يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشيء، وكل ما التزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشيء وجب عليه أن يعرضه أولاً على الموعود له. فلا يتم البيع النهائي إذن إلا باجتماع أمرين: أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يريد الموعود له شراؤه^(٢). ويكون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعود له معلقاً على شرط أن

(١) وقد يدفع الموعود له للواعد عربوناً يخسره إذا لم يبد رغبته في الشراء، فإذا لم يبد هذه الرغبة خسر العربون وتخلل الواعد من وعده، ولا يجوز للموعود له أن يحتج بعدم إعداره، وبأنه كان مستعداً لدفع باقي الثمن (استئناف محظ ٢٦ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٨٨).

هذا وقد عالج تقنين الموجبات والعقود الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد في نصوص متصلة. فنصت المادة ٤٩٣ من هذا التقنين على «أن الوعد بالبيع عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء من شخص آخر لا يلتزم شراؤه في الحال. ومن طبيعة هذا العقد أنه متبادل. وهو لا يولد موجباً على الموعود، بل يلزم الواعد بوجه بات، فلا يستطيع الرجوع عن عرضه بل يجب عليه انتظار قرار الشخص الموعود». ونصت المادة ٤٩٤ على أن «مفاعيل العقد تنتقل إلى ورثة المتعاقدين بما توجه لهم أو عليهم». ونصت المادة ٤٩٥ على أنه «إذا تفرغ الواعد لشخص عن شيء منقول بالرغم مما التزمه، فهو يملك المتفرغ له ذلك الشيء، لكنه يستهدف لأداء بدل العطل والضرر إلى الشخص الموعود لعدم قيامه بالموجب الذي التزمه». ونصت المادة ٤٩٦ على أنه «عندما يصرح الشخص الموعود بعزمه على الشراء، يتحول الوعد إلى بيع دون أن يكون له مفعول رجعي، ويتم انتقال الملكية في يوم القبول. على أنه يرجع في تعيين مقدار العين إلى اليوم الذي وعد فيه البائع». ونصت المادة ٤٩٨ على «أن الوعد بالبيع فيما يخص بالأموال غير المنقولة خاضع للقوانين المقارنة المريعة الإجراء».

(١) يشترط قانوناً لانعقاد عقد بيع إذا ما أبدى الموعود له رغبته في التعاقد، مطابقة لإرادته لارادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناولها التعاقد فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل في الوعد فلا ينقذ العقد ما لم يقبل هذا التعديل إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا ينقذ به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر، فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب مائعة وفي نطاق سلطتها الموضوعية إن ارادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن فإن الحكم إذا انتهى إلى أن البيع لم يعقد لفقده ركناً جوهرياً من أركان انعقاده وهو الثمن ورتب على ذلك بقاء عقد الايجار المبرم بينهما من قبل سارياً كما كان قبل إظهار المستأجر رغبته في الشراء لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٣١ ق ١٦ ص ١٢٩١).

(٢) ومن الأمثلة العملية للوعد بالتفضيل أن يكون لشخص دار في مدينة يتوقع أن يرحل عنها، فيحصل منه شخص آخر على وعد بأنه إذا أراد بيع الدار عند رحيله فعليه أن يعرضها على الموعود له، حتى إذا قبل هذا شراؤها تم البيع النهائي. أما إذا حصل صاحب الدار من الشخص الآخر على وعد بالشراء،

يريد بيعه، ولا يقال إن هذا شرط إرادى محض من جانب المدين، فإن إرادة الواعد بيع الشيء ليست إرادة محضة، بل هي متصلة بظروف خارجية قد تدفعه أن يحتج عن بيعه مع شدة رغبته في ذلك، فالشرط إذن شرط مختلط وليس شرطاً إرادياً محضاً^(١).

وينتقد الوعد بالتفضيل على النحو الذى يتقيد به الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، فيجب أن يكون مشتملاً على الشيء الموعود به والثمن الذى يباع به والمدة التى يجب فى خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه^(٢). وكل ما قلناه فى انعقاد الوعد بالبيع وفى صحته يقال هنا.

= فإن هذه الحالة تختلف عن حالة الوعد بالتفضيل المتقدمة من وجهين: (أولاً) فى حالة الوعد بالشراء لا يكون صاحب الدار ملزماً ببيعها من الشخص الآخر بل يجوز له أن يبيعها من غيره، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإن صاحب الدار يكون فيها ملزماً بعرض الدار على الشخص الآخر إذا أراد بيعها. (ثانياً) فى حالة الوعد بالشراء يكون الشخص الآخر ملزماً بالشراء إذا عرضت عليه الدار، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإنه لا يكون ملزماً بذلك.

وهناك أمثلة عملية أخرى للوعد بالتفضيل: يحصل المستأجر من المؤجر على وعد بتفضيله إذا أراد هذا بيع العين المؤجرة - يحصل مشتري العقار من البائع على وعد بتفضيله فى عقار آخر مملوك للبائع إذا أراد هذا بيعه - يبيع شخص عيناً من آخر ويتفق مع المشتري على أنه إذا أراد هذا أن يبيع العين وجب عليه أن يعرضها على بائعها الأول، وهذا ما يسمى بالوعد بإعادة البيع (promesse de revente) - أنظر بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ - الأستاذ سليمان مرفس فقرة ٥٥.

(١) بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ - ويذهب الأستاذ عبد المنعم البدرائى - مشيراً إلى رسالة Leduc ص ٢٣٥ - إلى أن الوعد بالتفضيل هو فى الحقيقة وعد بالبيع فى طريق التكوين تعين فيه من الآن المستفيد الاحتمالى، وهذا المستفيد لم يكسب من الوعد حقاً فى الشراء ولو معلقاً على شرط، ولكنه كسب حقاً يخوله منع الواعد من التعاقد مع الغير. وهو يتحول إلى وعد بالبيع إذا قرر الواعد بيع الشيء، فعندئذ يصبح المستفيد فى مركز الدائن بوعد بالبيع. ومتى نشأ هذا الحق فى الشراء فهو لا ينشأ إلا من هذا الوقت وبدون أثر رجعى، على عكس ما كان يجب أن يترتب منطقياً على اعتبار الوعد بالتفضيل وعداً بالبيع معلقاً على شرط واقف (الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤).

ويستخلص من هذا رأى أن التزام الواعد بالتفضيل ليس التزاماً معلقاً على شرط واقف، بل هو التزام احتمالى يتحقق إذا رغب الواعد فى بيع الشيء. ومن ثم يوجد الالتزام كاملاً من وقت الرغبة فى البيع لا من وقت صدور الوعد، والعبارة فى توافر الأهلية عند الواعد هي بوقت وجود الرغبة فى البيع لا بوقت صدور الوعد. وهاتان النتيجةتان يمكن استخلاصهما، كما نرى، من أن التزام الواعد هو التزام احتمالى لا التزام معلق على شرط واقف. فلا حاجة بعد ذلك إلى القول، كما يقول الأستاذ عبد المنعم البدرائى، بأن الالتزام الناشئ من الوعد بالتفضيل ليس التزاماً يعمل بل التزاماً بامتناع عن عمل.

(٢) ويمكن وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ألا يحدد المتعاقدان لا الثمن ولا المدة، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه فى أى وقت يعتزم بيع الشيء يعرضه أولاً على الموعود له ليشتريه بالثمن الذى يمكن به بيعه للغير (بودرى وسينيا فقرة ٧١ مكررة). ونظراً فى عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ١٠٣، وعلى العكس من ذلك فى أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨ - والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٧.

والأثر الذى يترتب على الوعد بالتفضيل، فى المرحلة السابقة على عرض الشيء الموعود ببيعته، هو نشوء التزام شخصى فى ذمة الواعد بأن يعرض الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه وهو مجرد التزام شخصى يترتب عليه كما فى الوعد بالبيع فيما قدمناه، أن يبقى الواعد مالكا للشيء^(١). وأن الشيء إذا هلك أو نزعت ملكيته تحمل الواعد تبعه ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له.

والأثر الذى يترتب، فى المرحلة الأخيرة، أنه إذا أراد الواعد بيع الشيء فى المدة المحددة، وعرضه على الموعود له فقبل شراءه، تم البيع النهائى فى المنقول وفى العقار على الوجه الذى بيناه فى الوعد بالبيع. وإذا رفض الموعود له شراءه، أو انقضت المدة المحددة دون أن يريد الواعد بيع الشيء ولو أراد البيع بعد ذلك، أو أعلن الموعود له رغبته فى تحليل الواعد من التزامه، فإن الوعد بالتفضيل يسقط، ويتحلل الواعد من الالتزام الذى ترتب فى ذمته بموجب الوعد بالتفضيل. وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلاً فى الوعد بالبيع.

ب- الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣- أمثلة عملية: يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه فى حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء. مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص فى شرائها وهو لم يبت العزم بعد على البيع، فيكتفى بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيما إذا بت صاحب الدار العزم على البيع فى مدة معينة. أو يكون قد بت العزم على البيع، ولكنه يريد أعلى ثمن، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذى يعرضه، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه، وإلا ياعها من الواعد بالشراء. أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى، ويخشى إن بت فى البيع إلا يجد بعد

= وينتجب فى الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له النزول عن حقه لأن شخصه محل اعتبار عند الواعد. ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط الموعود له جواز النزول عن حقه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٤ ص ٢١٨). وإذا مات الواعد انتقل التزامه إلى ورثته، فإذا كانت الورثة قصراً قامت صعوبة فى تحديد الثمن إذ الغالب أن مال القاصر يباع بالمزاد العلنى، فإذا وضع شرط التفضيل فى دفتر الشروط أحجم الناس عن المزايدة (أنظر فى أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا فى البيع بالممارسة ولا يجوز فى البيع بالمزاد أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٣ مكرر ٩).

(١) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له فقد تصرفه، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد. فإذا كان الواعد متواطئاً مع من تصرف له فى الشيء، وأمكن الموعود له الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية، كان التصرف غير نافذ فى حق الموعود له (بودرى وسينيا فقرة ٧١ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥).

ولكن إذا تصرف الواعد فى الشيء بغير البيع، بأن وهبه أو قابض عليه أو دفعه حصّة فى شركة، لم يكن للموعود له حق فى أخذه، بل ولا فى التعويض، إذ الالتزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودرى وسينيا فقرة ٧٢).

ك الدار التي يرغب في شرائها، فيكتفى بالحصول على وعد بالشراء، حتى إذا عثر على دار التي يرغب فيها باع داره واشتراها^(١).

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض في المزاد مع شخص آخر على أن يقدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر، وعليه أن يتقدم بعطاء بهذا المقدار، فإن زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد. فإذا رسا المزاد على غيره، ثم أبطل أو أعيد على من رسا عليه، لم يلتزم أن يتقدم في المزاد الجديد. أما إذا لم يتقدم للمزاد أصلاً، أو تقدم ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه، فرسا المزاد بثمن أقل، يلزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أخل بوعده^(٢).

٣٤- كيف ينقذ الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد انعقاداً صحيحاً: هنا أيضاً نطبق المادة ١٠١ مدني التي سبق ذكرها^(٣)، فيشترط لانعقاد الوعد بالشراء الاتفاق على جميع

(١) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التي يتوسط السمسار في شرائها له، بثمن معين في خلال مدة معينة، وهذا ما يسمى بالتفويض. فإذا نجح السمسار في حمل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن في خلال هذه المدة، رجع على الواعد وألزمه بوعده. ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار، فإذا أخل بوعده ولم يشتد الدار رجع السمسار عليه بالتعويض وهو مقدار السمسرة الذي فات عليه، ولا شأن لصاحب الدار بالواعد.

(٢) بودري وسينيا فقرة ٧٨- وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوع ملكيته أثناء لخطر المجازفة، وسعيًا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم، والتمتع المشتري بالتدخل في المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها، فإن الدفع ببطالان هذا الاتفاق مخالفتة للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس. ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين عن محيطها، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه. وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه في مركز المشتري والمدين في مركز البائع، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص ٥٠٧). ويبدو من وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزاد بأقل من الثمن المتفق عليه فإن المتعهد بإرساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق، فكذلك تكون له الزيادة، فالعقد احتمالي وهذا هو السبب القانوني.

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وإرساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح، ويلتزم الواعد بالتعويض إذا أخل بالالتزامه (١٦ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٩) وقضت أيضاً في نفس الحكم بأن من وعد بالدخول في مزاد والمزايدة إلى حد مبلغ معين، يقضي وعده إذا أجل هذا المزاد. وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر من مستأجر الأرض لمؤجرها يبرمه إلى مدة معقولة، فلا يجوز للمؤجر أن يطيل هذه المدة قبل أن يبدى رغبته في البيع إلى حد أن يتقاضى من المستأجر أجرة تداني ثمن الأرض (٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩).

(٣) انظر أيضاً فقرة ٢٨

الأركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به. فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه، والثمن الذي يشتري به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر في خلالها الموعود له رغبته في البيع ليتم الشراء^(١).

وكل ما قلناه في خصوص رضائية الوعد بالبيع، وأهلية كل من الواعد والموعود له، ومتى تتوافر هذه الأهلية، وعيوب الإرادة عند كل من الطرفين، ومشروعية المحل والسبب، ينطبق هنا على الوعد بالشراء.

٣٥- الآثار التي تترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة: الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء، فلا يترتب أي التزام في جانب الموعود له. والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire)، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في البيع في المدة المحددة^(١). فيكون حق الموعود له في هذه المرحلة حقاً شخصياً لاحقاً عينياً، كحق الموعود له في الوعد بالبيع^(٢). ويترتب على ذلك ما يأتي:

أولاً- يبقى الشيء مملوكاً للموعود له، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء. ويسرى تصرفه في حق الواعد بالشراء. فإذا باع الموعود له الشيء من آخر غير الواعد، صح البيع وسرى في حق الواعد، وسقط في الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه في الشيء لغير الواعد قد نزل عن حقه في إلزام الواعد بشرائه.

ثانياً- وينتهي أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف في الشيء لأنه لم تنتقل له ملكيته في هذه المرحلة، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً في ملك الغير، ولا يسرى تصرفه هذا في حق المالك وهو الموعود له. ولكن يجوز للموعود له أن يجيز التصرف فيصح ويسرى في

(١) وليس الالتزام هنا معلقاً على شرط إرادي محض، وقد بينا هذا عند الكلام في الوعد بالبيع (انظر آنفاً فقرة ٢٩ في الهامش).

(١) إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المنزوع ملكيته أثناء لخطر المجازفة وسعيًا وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم والتمتع المشتري بالتدخل في المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه بحيث إذا اضطر إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها فإن الدفع ببطالان هذا الاتفاق مخالفتة للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس، ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين عن محيطها بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بثمن يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه.

(جلسة ١٩٥٥/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ١٥٧).

(٢) وقد خصصت تقنين الموجبات والعقود المباني الوعد بالشراء ببعض واحد هو المادة ٤٩٧ من هذا التقنين، وتجري على الوجه الآتي: «إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضاً، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التعديل مقتضى».

حقه، وهذا هو حكم بيع ملك الغير. كذلك يجوز بعد تصرف الواعد في الشيء أن يبدى الموعد له رغبته في بيعه من الواعد فيتم البيع النهائي، ويصبح الواعد بموجبه مالكا للشيء وفقاً لأحكام القانون، فيصبح التصرف الذي صدر منه قبل ظهور رغبة الموعد له في بيع الشيء. وهذا هو أيضاً حكم بيع ملك الغير عندما يصبح البائع مالكا للشيء الذي باعه قبل أن يملكه.

ثالثاً- إذا هلك الشيء الموعود بشرائه قضاء وقدرأ هلك على ملك الموعد له، وتحمل هذا تبعه الهلاك، إذ الأصل أن الشيء يهلك على مالكة. ولا يستطيع لموعد له بداهة، بعد هلاك الشيء، أن يلزم الواعد بشرائه وكهلاك الشيء انزع ملكيته، يتحمل الموعد له تبعته^(١).

٣٦- الآثار التي ترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة دون ظهورها: ونتقل إلى المرحلة الثانية. فاما أن يظهر الموعد له رغبته في البيع في خلال المدة المحددة، وإما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة.

ففي الحالة الأولى، إذا ظهرت رغبة الموعد له، صراحة أو ضمناً، في البيع في خلال المدة المحددة، ثم البيع النهائي بمجرد ظهور هذه الرغبة، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد. ويعتبر البيع النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد، تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمة الواعد، فإذا نازع هذا في تمام البيع استطاع الموعد له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد، وذلك كله على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع.

وفي الحالة الثانية، إذا لم يظهر الموعد له رغبته في البيع في المدة المحددة، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد. وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعد له رغبته في البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة، أو أعلن عدم رغبته في البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة، ففي جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذي بيناه في الوعد بالبيع^(٢).

(١) وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً، وأبدى الموعد له رغبته في البيع، كان الواعد بالشراء مخيراً بين أن يشتري مع إنقاص الثمن أو أن يمتنع عن الشراء بناتاً لتفرق الصفقة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨١).

(٢) ويمكن أن نتصور في الوعد بالشراء وعداً بالتفضيل كما في الوعد بالبيع. ويتحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلاً تعهد لتاجر الجملة أنه في حالة احتياجه لسلعة معينة يستوردها منه بالأفضلية على سواه. فيكون تاجر التجزئة ملتزماً، في حالة احتياجه لشراء السلعة، أن يعرض على تاجر الجملة شراءها منه أولاً، فإن قبل هذا توريد السلعة تم البيع النهائي. وليس تاجر الجملة في هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة، فهو الموعد له ولم يلتزم بشيء، والملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة. فإذا لم يقم تاجر التجزئة بالتزامه، كان مسئولاً نحو تاجر الجملة عن تعويض يكون عادة هو الربح الذي كان يجنيه تاجر الجملة لو أنه ورد السلعة إلى تاجر التجزئة.

وشبيه بذلك أن يتعهد المؤلف للناس أن يكون للناس الأفضلية في نشر مؤلفه، أو في نشر طبعة -

ج- الوعد بالبيع والشراء

٣٧- التمييز بين الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد بالبيع والشراء للجانبين: قدمنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين:

أولاً- الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد. وفي هذه الحالة يوجد عقدان يقع على شيء واحد وبين نفس الطرفين. العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشيء يرتبط نحو الموعد له فيما إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء. والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعد له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه - وهو الواعد - العقد الأولي - رغبته في بيعه. ومن ثم يوجد وعدان، وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد، وقد وقع العقدان على نفس الشيء وتما بين نفس الطرفين^(١).

ثانياً- الوعد بالبيع والشراء من الجانبين. وفي هذه الحالة يوجد عقد واحد، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه، فيتم البيع بينهما ملتزم للجانبين على هذا النحو.

٣٨- الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد: نفرض أن صاحب الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته في البيع، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يعرض على أرض صالحة يشتريها بدلاً من الدار. فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء، التزم بموجبه أن يشتري الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار في مدة محددة رغبته في بيعها منه. فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم ونفرض في الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظرفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاماً كأن ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار فيتخذ الدار سكناً له. فيحصل من صاحب الدار على وعد ببيع الدار إياه إذا أظهر في مدة محددة رغبته في شرائها. فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار. وفي هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذي قدمناه في الوعد بالبيع. أما في الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعد له بالبيع، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد. في مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد.

وقد يعترض بأن الطرفين في هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع والشراء، وأن

= نالية منه، بالشروط المتفق عليها، فيما إذا اعتزم إصدار المؤلف مؤلفه. فيكون المؤلف هو الملتزم إذا اعتزم إصدار مؤلفه، أن يعرض التزام النشر على الناشر أولاً، فإذا قبل هذا تم عقد الشر النهائي. ومثل ذلك أيضاً أن تتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما عسى أن يلزم من أثاث أو طعام من تاجر معين بالأفضلية على غيره.

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٦٣ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٧ ص ٩٢ - وقارن الأستاذ عبد المعصم البدراني فقرة ٨٧ - ص ١٣١ - الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٣١ ص ٧٠ - ص ٧١.

لوعده بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها، فيكون الوعد بالبيع والشراء ملزماً للجانبين، هذا بالشراء وذلك بالبيع، ويكون في حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان. ولكن هذا الاعتراض لا أساس له، لأن الطرفين لم يريدا هذا الوضع، وإنما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع. والفرق بين الوضعين كبير. والدليل على ذلك أنه في الوضع الذي نحن فيه - الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد - قد لا يتم البيع النهائي أصلاً، ويكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند الطرف الأول لبيع الدار، بالألا يجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار، فلا يظهر رغبته في البيع في الميعاد المحدد، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار، بالألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار، فلا يظهر رغبته في الشراء في الميعاد المحدد، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع. فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء، فإن البيع النهائي لن يتم، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض. وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين، كما سنرى.

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه. فالوعد بالبيع ينعقد على الوجه الذي سبق أن قررناه، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعود له إذا رغب هذا في شرائها. فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعود له مشترياً للدار، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع^(١). والوعد بالشراء ينعقد أيضاً على الوجه الذي بيناه، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها. فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد - وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكن أطول منه أو أقصر - تم البيع النهائي^(٢)، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء. فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين: إما بأن يظهر صاحب الدار رغبته في بيع الدار، وإما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته

(١) إذا استخلص الحكم من أوراق الدعوى معنى العدول عن التعاقد وكان ما استخلصه من ذلك سابقاً فلا معقب عليه، ومن ذلك استخلاص عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجروه أحياناً تشمل العين المتعاقد بهما على بيعها.

(جلسة ١٩٤٦/٦/٦ طعن رقم ٩٠ لسنة ١٥ ق).

(٢) ذهب الطاعن قبل نهاية الأجل إلى محل إقامة المطعون عليه ومقابلة ابن هذا الأخير وإبداء رغبته له في الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالعدول ويقع على عاتقه عبء بعبء هذه القرينة.

(جلسة ١٩٥٤/٥/٦ طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢١ ق)

في شرائها. فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء، ولم يظهر ذلك رغبته في البيع، فإن البيع النهائي لن يتم كما سبق القول.

٣٩- الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين: قدما أن الوضع في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد ففى الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين - وهذا هو العقد الابتدائي كما سنرى - يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه^(١). فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد، وهنا لابد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلاً فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين^{(٢) (١)}، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً كما قدما.

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين إلى عبارة الوعد وهما في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي. فقد يريد المشتري، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي، وإلا طلب الفسخ^(٣). وقد يريد المشتري، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذاك، لكن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة من الزمن - وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات

(١) ولو ضمنا (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٠).

(١) إذا كان الثابت في الدعوى وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ وبالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبنيه هذه القطعة بذات السعر، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب هو بيع تام ملزم للطرفين، ترتب عليه كل الآثار التي ترتب على البيع، ويؤثر عليه أرجاء التحديد النهائي لمساحة المبيع، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ ... عقد بيع كامل الأركان، ورتب على تنازل المشتري عن حقوقه في هذا العقد إلى الطاعنين وقبولهما الحلول فيه، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشتري الأول إليهما اعتباراً من مشتري فأنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٠١).

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥.

(٣) ويلجأ المشتري عادة إلى الكشف عن حالة العقار في مصلحة الشهر العقاري، كما يعمد إلى تحقيق مستندات ملكية البائع للمبيع حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٦).

ثانياً- البيع الابتدائي

٤٠- صور ثلاث للبيع الابتدائي: قدمنا (١) أنه يمكن أن نتصور مرحلة ابتدائية في البيع في إحدى الصور الثلاث الآتية:

أولاً- يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع، فيبقى مشروعاً غير ملزم. ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم في صورة نهائية، في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية. وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائي هو هذا المشروع غير الملزم، يتلوه بيع نهائي هو عقد البيع الملزم الذي أبرماه بعد ذلك. وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائي ولا خصائص البيع النهائي. فالمشروع الذي سماه الطرفان بالبيع الابتدائي غير ملزم لأحد كما قدمنا، ولا يستطيع أي من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائي. ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً، فهو ليس ببيع أصلاً لأنه مشروع غير ملزم. كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائي، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائي يجعله هو نهائياً، بل تقدمه مشروع غير ملزم، فهو بيع فحسب. وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع، فلهما أن يغيرا فيه ما شاءا، بل لهما أن يعدلا عنه بتاتاً ولا يبرما البيع.

ثانياً- يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته في البيع. فإذا رغب الموعود له في البيع أو في الشراء، تم البيع النهائي على الوجه الذي قدمناه في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد. وهنا يمكن القول إن هناك عقد بيع نهائي هو البيع الذي تم بإظهار صاحب الدار رغبته في البيع، أو بإظهار الطرف الآخر رغبته في الشراء. ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائي قد سبقه بيع ابتدائي، وإنما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد.

ثالثاً- يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي (٢). ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي، يبرم في

البيع والوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين، فالعقد في الحالتين ينقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم. فأراد المشرع الفرنسي أن يبرز هذا المعنى، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والتمن، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينقل الملك إلى المشتري، خلافاً للقانون الفرنسي القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك (أنظر في ذلك وفي الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي بودرى وسينيا فقرة ٦٠). (١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢.

(٢) وقد اقتصرنا على هذه الصورة في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في الوعد بالتعاقد، فجعلنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد الابتدائي شيئاً واحداً (الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٣٩). ولم

الحصول على إذن من المحكمة - ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد، وذلك إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائي.

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام، تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع (١). وسنرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في البيع الابتدائي، لأن هذا الوعد ليس إلا بيعاً ابتدائياً كما قدمنا. وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التقنين المدني الفرنسي، إذ تقول: «الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والتمن» (٢). وقد اختلف الفقه في فرنسا في تفسير هذا النص، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء، وانفقا على المبيع والتمن، فهذا هو البيع الكامل. ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء، وعبرة «الوعد» ما دامت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما في الحال لا تختلف عن عبارة «البيع والشراء» (٣). وإذا كان التقنين المدني الفرنسي قد عنى بإبراز هذا المعنى الواضح في نص خاص، فإن ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسي القديم (٤).

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من التسجيل، جاز للمشتري إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦).

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص: Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(٣) لوران ٢٤ فقرة ٢١ - جوار ١ فقرة ٧٧ - لا روبيرا ١ م ١١٣٨ فقرة ١١ - كوليه دي سائير ٧ فقرة ١٠ مكررة ثانياً - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٧ - بودرى وسينيا فقرة ٦٠ - بلانيول ريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٤. أنظر عكس ذلك: توليه ٩ فقرة ٩٢ - تولون في البيع فقرة ١٢٥ - ماركاديه ٦ م ١٥٨٩ فقرة ٥ - فقرة ٦.

وأنظر بلانيول (فقرة ١٤٠٠) حيث يذهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسي إنما تعني الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والتمن ورضى المشتري بالشراء، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع.

(٤) ذلك أن البيع في القانون الفرنسي القديم كان لا ينقل الملكية بحكم العقد كما قدمنا، والتسليم هو الذي كان ينقلها. ثم ألف الناس في التعامل أن يدكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم (clause de dessaisine saisine)، فتنقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد. ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع، ولو لم يتم التسليم بالفعل، فكانت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصوري. هذا كله كان يقع في عقد البيع أما إذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد، فوعد البائع بالبيع ووعد المشتري بالشراء، فلم يكن مألوفاً في التعامل أن يمتد شرط التسليم الصوري إلى هذا الوعد. فيبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينقل الملكية، لا بنفسه لأن العقد كان لا ينقل الملكية، ولا بحكم شرط التسليم الصوري لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجاً في هذه الصورة من البيع فلما أصبح العقد ينقل الملكية بنفسه في التقنين المدني الفرنسي، لم يعد هناك فرق بين =

ميعاد محدد يتفق عليه^(١). وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التي تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية^(٢).

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين. ففي إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد في الواقع من الأمر بيع ابتدائي وبيع نهائي، وإنما يوجد بيع واحد هو الذي أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذي أعد من قبل. والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد. أما الصورة الثالثة، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للطرفين، فهذه هي الصورة الصحيحة للبيع الابتدائي.

فنقف إذن عند هذه الصورة الأخيرة لنفصل ما يتعلق بها من الأحكام، وننبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة «البيع الابتدائي» فإنما نريد هذه الصورة دون غيرها.

٤١- البيع الابتدائي في صورته العملية الصحيحة: قلنا إن الطرفين يعقدان بيعاً ابتدائياً^(٣)، ويحددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي مكتوباً في ورقة عرفية أو في ورقة رسمية^(٤). فننظر الآن في الآثار التي تترتب على هذا البيع الابتدائي، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي.

٤٢- الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي: إذا كان البيع الابتدائي ينعقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي ينعقد بها البيع صحيحاً، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع^(٥). فالبائع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى

نشر هناك إلى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد، وذلك لندرته في العمل. وقد اتسع له المقام عند الكلام في البيع، لأنه إذا تحقق عملياً فإنما يتحقق في صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد.

(١) أما البيع الذي اشترط البائع لتمامه دفع الثمن كاملاً أو دفع قسط منه فيطلب ألا يكون بيعاً ابتدائياً، بل هو بيع معق على شرط واقف (قارن استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥).

(٢) وصف العقد بأنه عقد ابتدائي - أخذنا بالعرف الذي جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراع في تحريرها الأوضاع التي تتطلبها قانون التسجيل - ذلك لا يحول دون اعتبار البيع باتاً ملزماً متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول.

(جلسة ١٩٤٤/١٢/٢٦ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً - ٧١٤-٥٢)

(٣) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشتري للبحث عن حالة العقار المبيع، أو التثبت من مستندات ملكية البائع، أو تدبير الثمن، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٣٩).

(٤) أنظر استئناف مخطط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣.

(٥) ويعلب أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري، دون أن يذكر فيه لفظ «الوعد»، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي. وهذا يدل على أن المتبايعين قصداً البيع الابتدائي بيعاً كاملاً باتاً منتجاً لجميع آثاره.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي، أخذنا بالعرف الذي جرى على -

المشتري^(١)، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الحفر والمشتري قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع. وأهم ما يسترعى النظر في البيع الابتدائي - وهذا ما يميزه عن عقد البيع بوجه عام - أن كل هذه الالتزامات لا يقص تنفيذها في الحال، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي. إذ المفروض المتبايعين، بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً، إنما أرادا أن البائع لا يطالب بالثمن - فيما - ما قد يتفق عليه من عربون - حتى يحرر البيع النهائي، وأن المشتري لا يطالب بتسليم المبيع ولا يريعه حتى هذا الوقت. ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه ينشئ التزاماً في ذل كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه^(٢).

ويترتب على ما قدمناه نتيجتان عمليتان هامتان:

(الأولى) لما كان البيع الابتدائي ينشئ كل آثار البيع، فإن الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره. فإذا بيع عقار بيعاً ابتدائياً، وكان لهذا العقار شفع، استطاع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائي، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت^(٣) (١).

=إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراع في تحريرها الأوضاع التي تتطلبها قانون التسجيل هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتاً لازماً، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢).

(١) استئناف مخطط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٤.

(٢) من المقرر أن الشفعة جائزة في العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل لأن حق الشفعة الذي ينشئ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بثبوته من يوم التسجيل فقط. (جلسة ١٩٤٥/٢/١٥ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً - ٧١٤-٥٠)

(جلسة ١٩٤٩/٤/١٤ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً - ٧٣٦-١٨٠)

(جلسة ١٩٥٠/٥/١٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً - ٧١٤-٥١)

(٣) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائي بأنه عقد يقتصر على إلزام كل من الطرفين أن يبرم البيع النهائي في ميعاد معين، فهو ينشئ في ذمة كل منهما التزاماً بعمل (obligation de faire) لا التزاماً باعطاء (obligation de donner). فإذا امتنع أحدهما عن إبرام البيع النهائي، استصبر الآخر حكماً يقوم مقام هذا البيع، على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد (أنظر يبدان ١١ فقرة ٣٢). ومقتضى هذا التكيف أنه لا تجوز الشفعة في البيع الابتدائي، ولكن القضاء المصري قد استقر على جواز الشفعة فيه، ومن ثم يكون التكيف الذي نقول في المتن هو المتفق مع القضاء المصري.

(٣) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤.

(والثانية) لما كان البيع الابتدائي ينشئ - إلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة - التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في خلال مدة معينة، وهذا الالتزام هو التزام بعمل، فإنه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر^(١) عن القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام^(١). والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد، وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائي، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فتنقل ملكية العقار إلى المشتري بتسجيله^(٢).

٤٣- مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي: قدمنا أن كلا من الطرفين ملزم بإبرام البيع النهائي، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي؟ ينسخ البيع الابتدائي ويحل محله، فلا يبقى

(١) ومن المبررات أن يجد المشتري العقار المبيع مثقلاً بحق عيني لم ترد إشارة إليه في البيع الابتدائي، فيحق للمشتري في هذه الحالة الامتناع عن إبرام البيع النهائي وفسخ البيع الابتدائي. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للمشتري أن يمتنع عن تحرير العقد النهائي وعن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع مثقل بحقوق عينية لم يخطر بها البائع (٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٣ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥). وقضت أيضاً بأن للمشتري فسخ البيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بتسليم مستندات الملكية (٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٩٢).

(١) أ- بيع العقار قبل أن يسجل، لا يزال من طبيعته نقل الملكية إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع، وكل ما أحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري من تغير في أحكام البيع - هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح، أصبح مترخياً إلى ما بعد شهره، ولذلك يبقى البائع ملتزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري، كما يبقى المشتري ملتزماً بأداء الثمن، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تربت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع.

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥).

ب- دعوى صحة ونفاذ عقد البيع. مقصودها تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عنها والحصول على حكم يقوم مقام تسجيل العقد في نقل الملكية.

(جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦ الطعن ١٧٦٩ لسنة ٦٢ ق).

(جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١١٣٥).

ج- لما كان الطاعن قد أسس دعواه بطلب طرد واضع اليد على العقار مشتراه على عقدي البيع والعرفيين الصادرين له، وكان عقد البيع - ولو لم يكن مشهراً - ي نقل إلى المشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعوى المرتبطة بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الناصب منها استناداً إلى أن العقد العرفي يمنح المشتري الحق في استلام المبيع لأنه من الآثار التي تنشأ عن عقد البيع الصحيح وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقصائه برفض الدعوى تأسيساً على أن الطاعن لم يكتسب ملكية المنزل محل النزاع لعدم شهر عقد شرائه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٤٦١ ع ٢٤).

(٢) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدني إذ نقول: دفي الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام.

إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين^(١). ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقابل^(٢) من البيع الابتدائي كأن لم يكن، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي. وما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي:

١- تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا^(٣).

٢- يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين^(٤). فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشيء المبيع، أو تعديل في الثمن، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه^(٥). فإذا امتنع أي منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي، التزم

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان نهائياً على شروط البيع، يجب أن تزول جميع الانفاقات والعقود التي سبقت هذا البيع النهائي. فإذا استحدث البيع النهائي تعديلاً في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أو في دفتر العطاء، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١). ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غمض من الشروط في البيع النهائي، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستحدث جديداً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شيء مع هذه الشروط (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦). فإذا كان العقد الابتدائي منصوصاً فيه أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل. ولم يذكر العقد النهائي هذا المنزل على وجه التعيين، جاز استخلاص اشتغال المبيع على المنزل أيضاً من مراجعة العقد الابتدائي (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٤٧٢).

(١) عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين يفسخ العقد الابتدائي ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه، ويصبح هو قانونها والمرجع في التعرف على إرادتهما النهائية، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع، أو الثمن، أو شروط البيع الابتدائي بالتعديل حيث يسوغ القول بأن العقد النهائي بمثابة تقابل من البيع الابتدائي.

(جلسة ١٩٧٣/١١/٢١ الطعن ٥٠٩ لسنة ٧٠ ق).

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن ٦٣٦ لسنة ٥٢ ق).

(جلسة ١٩٨٤/٥/٦ الطعن ١١٧٧ لسنة ٥٠ ق).

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ الطعن ٦٣٩ لسنة ٤٢ ق).

(٢) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت للبيع الابتدائي (قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٥).

(٣) وترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، فتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس (م ٢/٤٢٥ مدني) يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين، فإنه يكون قد حالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ =

الآخر بهذه الشروط دون تعديل، ووجب عليه إمضاء البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي.

٣- إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلاً، ومن ثم يستطيع البائع أن يفقد بالثمن بموجب الورقة الرسمية التي حررت بالبيع النهائي، كما يستطيع المشتري أن يفقد بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (١).

٤- إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قدمنا بأثر رجعي، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير (١). فإذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي، بقي حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي، حتى بعد إبرام البيع النهائي، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي. وإذا كان المشتري بعقد ابتدائي قد أجر العين التي اشتراها، بقي ملتزماً بهذا الإيجار حتى بعد إبدال البيع الابتدائي بالبيع النهائي. وإذا كان المشتري قد تصرف في المبيع، بقي أيضاً ملتزماً بهذا التصرف، حتى بعد إبرام البيع النهائي (٢).

=مجموعة عمره رقم ١١٤ ص ٣٠٢. وأنظر أيضاً: نقض مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمره رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤. استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧: ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي). أنظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص ١٠٩ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١. وإذا خلا البيع النهائي من الشرط الجزائي الوارد في البيع الابتدائي، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢).

(١) ومن وقت إبرام البيع النهائي، يستطيع البائع أن يطالب المشتري بالثمن إذا كان معجلاً، بل وله أن يمتنع عن إبرام البيع النهائي إذا لم يقبض الثمن في مجلس العقد. وكذلك يستطيع المشتري من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع وبريعه، وهذا ما لم يكن هناك ميعاد آخر متفق عليه للتسليم ولاستحقاق الربح، أو ما لم يوجد نص في القانون يقضي بغيره.

(٢) أ- عقد البيع النهائي هو قانون المتعاقدين وليس العقد الابتدائي إلا أن هذه القاعدة قاصرة على العلاقة بين طرفي عقد البيع حيث لا يوجد حق مباشر للغير مستمد من هذا العقد الابتدائي، أما حيث يوجد هذا الحق بموجب الاشتراط لصالحه، فإن تسجيل العقد مع اغفال هذا الحق لا يؤثر على حقه الثابت بموجب العقد الابتدائي.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٩ الطعن ٦٠٤ لسنة ٤٤ ق مجموعة أحكام النقض س ٣١ ص ٣٤٤)

ب- عقد البيع النهائي بمثابة تقابل من البيع الابتدائي بنسخة العقد الابتدائي وحلوله محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه وصورته قانون الطرفين والمرجع في التعرف على إرادتهما. أمكان تناول مقدار المبيع أو الثمن أو شروط البيع بالتعديل.

(جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ الطعن ٥٠٩ لسنة ٧ ق)

(٢) قول المحكمة أن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفي قبل الحجر، وأن العقد الرسمي اللاحق لم يشي البيع بل أنه لم يكن إلا تنفيذا للعقد الأول قول صحيح، لأن عقد البيع لا يزال بعد قانون التسجيل من عقود التراضي التي تتم بالإيجاب والقبول، وكل ما استحدثه هنا =

٥- ويبدو أن الشفيع إذا فاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي مواعيد هذا البيع. ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تقوت، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي، وبخاصة إذا أنقص الثمن. وذلك أن الشفيع إذا كان قد نزل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بثمن معين، فإن هذا لا يستلزم حتماً أنه قد نزل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بثمن أقل.

ثالثاً- البيع بالعربون

٤٤- الصورة العملية للبيع بالعربون: أكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم. فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع. فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد، خسر العربون الذي دفعه للبائع، وسقط البيع الابتدائي. وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع، ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم، فيسقط البيع الابتدائي، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله.

٤٥- أحكام البيع بالعربون: وقد ورد نص في التعاقد بالعربون بوجه عام، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن ١- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، وهذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر (١). وتتولى الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام (٢).

والذي يقع عادة هو أن يعطى المشتري للبائع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن. ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى داليتين: فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة

=القانون من تغيير في أحكام عقد البيع هو أن الملكية بعد أن كان نقلها نتيجة لازمة لمجرد التعاقد بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة ٣٦٦ من القانون المدني (قديم) صار نقلها متوقفاً على التسجيل.

(١٩٤١/١١/٦ مجموعة القواعد القانونية لـ ٢٥ عاماً ٧-٣٤٥)

(١) أنظر في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ في الهامش.
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٢.

العربون للطرف الآخر، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حق العدول عن البيع.

ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يغلب إحدى هاتين الدالتين على الأخرى عند الشك، فكان القضاء المصري يتردد بينهما ويقصر نية المتبايعين بحسب العرف الجاري. والعرف في مصر يجعل دلالة العربون في البيع الابتدائي جواز العدول، وفي البيع النهائي التأكيد والبت (١).

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١ - وقد قصت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد. وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلهما مبرماً بينهما على وجه نهائي، وقد يريدان أن يجعلهما لكل منهما الحق في امضاء العقد أو نقضه. ونية العاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني. وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوم العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته، فذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول، وفي العقد النهائي دليل على البتات (٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ - ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى: استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩ ص ٦٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ ص ١٣٦).

وهناك أحكام تقضي بأن العربون في حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ - استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ - ٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤)، وأحكام تقضي على العكس من ذلك بأن العربون في حالة الشك يكون دليلاً على البتات ويكون بمثابة شرط جزائي (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الحاماة، رقم ٣/١٢٢ ص ٤٨٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٧/١٣٢ ص ٢٩٢).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز العدول عنه، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧). وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين، لم يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت. أما إذا لم يبين وقت لجواز العدول، جاز العدول إلى وقت التنفيذ. ولا يجوز إساءة استعمال الحق في العدول، فالبايع الذي أظهر نيته في أن يمضي في العقد دون استعمال حقه في العدول، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإنتمام العقد حتى أوشك على إنتمامها، ثم عدل بعد ذلك فجأة، لا يقتصر على خسارة العربون، بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءة استعمال حقه في العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق الإشارة إليه). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الخيار في الرجوع مع خسارة قيمة العربون، إلا أنه لا يجوز التماضي في ذلك الحق إلى أجل غير محدود، فإن كان المتعاقدان قد حدا ميعاداً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية الأجل المضروب بحيث إذا انقضى الميعاد سقط =

ثم جاء التقنين المدني الجديد بالنص الذي قدمناه - م ١٠٣ مدني - يقيم قرينة قانونية تقبل إثبات العكس. وتقضي هذه القرينة بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد (١). وقد قدمنا أن العربون لا يدفعه المشتري عادة للبايع إلا عند توقيع البيع الابتدائي، أما عند توقيع البيع النهائي فالذي يدفع هو الثمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان مقسطاً أو لا يدفع منه شيء أصلاً إذا كان مؤجلاً. فنقتصر على الصورة العملية التي يدفع فيها المشتري العربون للبايع عند توقيع العقد الابتدائي.

فإذا لم يتبين من العقد الابتدائي ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون، فهناك قرينة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع النهائي. وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع. فيخسر العربون الذي دفعه إلى البايع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع (١). ولا يعتبر

حقوقهما في النقض. فإن لم يكن ثمة ميعاد فيدوم خيار النقض، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البايع المبيع للمشتري أو دفع المشتري للبايع أقساطاً من الثمن، وإما إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق أو إبداء رغبته في نقضه مقابل خسارة العربون، حتى لا يبقى التعاقد معلقاً إلى أجل غير مسمى (٨ فبراير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٤).

(١) وهذا على أن يكون رجوعه في المدة المتفق عليها إذا حددت مدة الرجوع، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكد العقد، وأصبح العربون جزءاً من الثمن. أما إذا لم تحدد مدة الرجوع، فللمشتري الرجوع في أي وقت إلى يوم التنفيذ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٩). على أن المشتري، حتى في خلال المدة التي يجوز له الرجوع فيها، إذا أظهر نيته في إمضاء العقد وتنفيذه، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه في الرجوع إذا رجع بعد ذلك، وكان مسئولاً عن تعويض فوق خسارته للعربون (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم).

(١) النص في الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدني على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك يدل - وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض - على أنه وإن كان لدفع العربون دلالة العدول إلا أن شروط التعاقد قد تقضي بغير ذلك، والمرجع في بيان هذه الدلالة هو بما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه في القانون ولحكمه الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتاً أم أنه عربون في بيع مصحوب بحيار العدول إذ أن ذلك يدخل في سلطتها التقديرية التي لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض طالما أن قضاءها يقوم على أسباب سائقة.

(جلسة ٢٠٠١/١/٤ الطعن ٦١٨ لسنة ٧٠ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/١١ الطعن ٧٢ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ الطعن ١٦٣٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٦ق م ٣١ ص ١٩٩٢)

العربون تعويضاً عن ضرر أصاب البائع، بل هو جزاء حتمي يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر، حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص.

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قدمنا أن يدفع للمشتري قيمة العربون، فيرد له أولاً العربون الذي أخذه منه ثم مقدراً معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه، وهذه القرينة القانونية التي استحدثتها التقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين، فلا يعمل بها إلا في عقود البيع التي تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

وقد يبين البيع الابتدائي دلالة العربون. فإذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع، كان الحكم الذي قدمناه. وإذا بينها على أنها للبت والتأكيد، لم يجز لأى من المتبايعين الرجوع في البيع، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع النهائي (١) (١).

(١) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها. وتجري على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ. وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض فليس من الضروري أن يقدر التعويض بمقدار العربون، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤).

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: ١- إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم من قيمة هذا الالتزام، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه. ٢- ويتمين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولاً عنها، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما. وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الهامش). ويدهى أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذي دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبي، فإن العقد يفسخ ويجب رد العربون. وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد بخطأ من المتبايعين كليهما أو باتفاق بينهما، فليس أحدهما أولى بالمسئولية من الآخر، فيرد العربون لمن دفعه (بودرى وسينيا فقرة ٨٣).

(٢) اتجه نية المتعاقدين إلى الأخذ بقرينة المادة ١٠٣ من القانون المدني بأن دفع العربون لتأكيد حق كل منهما في العدول عن الصفقة، فيستطيع المشتري العدول فيخسر العربون الذي دفعه للبائع نظير هذا العدول، وكذلك يستطيع البائع أن يرجع عن البيع، ويكون الجزاء في هذه الحالة هو رد ضعف العربون الذي قبضه، وذلك بعض النظر عن الضرر الذي يكون قد أصاب الطرف الآخر من جراء هذا العدول إعمالاً لصريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ سالفة الذكر أما إذا تبين أن العربون كان للبت والتأكيد على تمام العقد فلا يجوز لأى من الطرفين العدول عن البيع، ويعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد ويجرى على العقد القواعد العامة من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ مع التعويض إن كان له وجه.

(جلسة ٢٠٠١/١/٤ الطعن ٦١٨ لسنة ٧٠ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٣١ الطعن ١٦٣٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٦ق ص ٣١ ص ١٩٩٢)

وقد يبين البيع الابتدائي أن للعربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر. فيجعل البائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي، وإما في الاقتصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع. وكذلك قد يجعل البيع الابتدائي هذا الحق للمشتري وحده، فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الاقتصار على استرداد العربون ومقدار مثله (١).

٤٦- التكييف القانونى للعربون: قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون حواز الرجوع في البيع، فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر. ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر. فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادوا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون، فجعلوا العربون مقابلاً لحق الرجوع. ومن ثم لا يجوز تحفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته، كما لا تجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر، ما لم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته. ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر، كما سبق القول.

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع في البيع، أى بدل عن هذا الرجوع. فيمكن تكييفه بأنه البديل في التزام بدلى. ويكون المدين - بائعاً كان أو مشترياً - ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام. ولكن تبرأ ذمته من الالتزام - ويسقط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك - إذا هو أدى العربون (١).

(١) وإذا كان العربون مقترناً بوعدهم بالبيع أو بالشراء ملزم لجانب واحد، فهذا هو الالتزام البدلى المفضل. إذ الواعد - وهو الذي دفع العربون - يلتزم بإبرام العقد النهائي إذا ظهرت رغبة الآخر في إبرامه، وله بدلاً من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البديل (قارن سينيا فقرة ٨٨).

أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الذنون في نظرية العقد في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٣٣، وهو يتفق معنا في هذا الرأي. ويعترض الأستاذ سليمان مرقس على تكييف العربون بأنه التزام بدلى بأن الالتزامات التي يشتملها البيع البات في ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص، ويجوز للبائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مقابل لها هو البيع بقيمة العربون، فلا يستقيم إعتبار ذلك التزاماً بدلياً (البيع فقرة ٤٣ ص ٦٢). ولا نرى ما يمنع من أن يكون المحل الأصلي في الالتزام البدلى محلاً متعدد، بينما يكون البديل محلاً واحداً.

(١) مطالبة المشتري برد ضعف العربون الوارد في الاتفاق لتحلط المائع عن تنفيذ صفقة البيع المتفق عليها تكون بطريق الدعوى العادية وليس عن طريق أمر الأداء لأن المطالبة به ليس ثابتاً كله في الاتفاق.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٩ مجموعة أحكام القضاة السنة ٢٦ ص ١٥٩٣)

ويترتب على ذلك أن العربون بدل مستحق بالعقد، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له (١).

ويختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي. فإن الشرط الجزائي تعويض، اتفق على تقديره المتعاقدان، عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد. ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر، وهذا كله بخلاف العربون (٢) كما سبق القول. فالتكليف

(١) وفي الفقه الفرنسي يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالعربون بيع معلق على شرط فاسخ، فينفذ البيع في الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيخسر العربون (كوليه دي سانتير ٧ فقرة ١١ مكررة تاسعاً وعاشراً - جيوار ١ فقرة ٢٣). ويذهب بعض آخر إلى أنه بيع معلق على شرط واقف، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين في البيع، ومن ثم يقف انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعي، وتكون ثمة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع لا على المشتري (بودري وسينيا فقرة ٨٠ - كولان وكاينان ٢ فقرة ٨٣٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٨ - وقارن بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٠٩ ص ٢٤٦). وسواء اعتبر البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون ما دام البيع يزول بأثر رجعي يتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف. أنظر في معنى الشرط الواقف في الفقه المصري الأستاذ أنور سلطان فقرة ٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٠٦ ص ١٦٠.

وانظر في أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متميزين، أولهما الاتفاق على البيع مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتعاقدين، والثاني اتفاق على تعيين لمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازي قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير باقياً الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٣.

(٢) ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهم مستظهرة من ظروف الدعوى ووقائعها، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة القضاة. وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصداً به أن يكون البيع بيعاً باتاً منجزاً بشرط جزائي ولم يقصداً أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمراً رقم ٩١ ص ١٦٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشتري، سواء أكان للبائع أم لدائنه المسجلين على العقار المبيع، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيع عند اختيار الفسخ، وأن المتعاقدين أكدوا نيتهم هذه بتصرفاتهما التالية للعقد، كان البيع باتاً خالياً من خيار الفسخ (نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٢٣٠).

وإذا كانت المحكمة لم تنس في أسباب حكمها في حصول المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربوناً فيفقد المشتري كفدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءاً من الثمن لا يحكم به للبائع كتعويض إلا متى ثبت خطأ المشتري وحق ضرر بالبائع، بل قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذي دفعه نتيجة نقصيره في إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أو جزءاً من الثمن، دون أن تمحص دفاع المشتري ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان

القانوني للشرط الجزائي هو نفس التكليف القانوني للتعويض، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلاً من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن (١).

المطلب الثاني

التبايع بطريق النيابة

٤٧- جواز التبايع بطريق النيابة وتطبيق القواعد العامة: يجوز التبايع بطريق النيابة، فيباشر البيع نائب عن البائع، أو يباشر الشراء نائب عن المشتري، أو يباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري. فيتم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في التعاقد، وهي القواعد التي سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط (٢).

فتحل لإرادة النائب عن البائع أو عن المشتري محل إرادة الأصل، مع انصراف أثر هذه الإرادة - أي انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع - إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو. ويشترط لتحقيق ذلك أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصل، وأن تجرى إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة، وأن يكون التعامل باسم

= بسبب عيب خفي في المنزل المبيع سلم له به البائع، وبسببه اتفق وإياه على التفاوض وعرض المنزل على مشتر آخر، وكان هذا الدفاع جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه كان لازماً على المحكمة أن تتعرض له وتفصل فيه، وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو في حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين، وإذا هي لم تفعل يكون حكمها قد شابه قصور يطله ويستوجب نقضه (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥).

وللمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتاً، أو أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائنة (نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩).

ومتى كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة التي تبين للمشتري استرداده وتلك التي تبين للبائع الاحتفاظ به، كما حدد في العقد موعد الوفاء بباقي الثمن وشرط استحقاقه، فإن تكليف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوي خيار العدول هو تكليف سليم. ولا يعيب الحكم عدم تعرضه للمعارة التي ختم بها العقد من أنه «عقد بيع نافذ المقبول»، ما دامت هذه العبارة لا تعني أكثر من نفاذ العقد بشروطه، ومن بينهما أن حق المشتري في العدول عن العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التي حددها الطرفان لانتهاء خيار العدول (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨).

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ و ٢٦٤ هامش رقم ١.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٣ ص ٩٧.

الأصيل لا باسم النائب. وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في النيابة في التعاقد^(١).

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق كما في الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب والحارس القضائي، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا في عقد الوكالة.

فيجوز إذن أن ينوب عن البائع أو عن المشتري وكيل^(١)، وهذا يدخل في الوكالة فلا شأن لنا به هنا^(٢). كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن المشتري ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي. وفي جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل قبل التعاقد أو إجازة منه بعد التعاقد (م ١٠٨ مدني).

ونقف عند هاتين المسألتين: (١) التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي. (٢) بيع النائب لنفسه.

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١.

(١) متى كان عقد البيع في القانون المدني المصري - على ما أفصحت عنه المادة ٤١٨ منه، عقداً رضائياً إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً به ينعقد بمجرد تراضي المتبايعين، وسواء كان في حقيقته بيعاً أو يستره، فإن الوكالة في البيع تكون بدورها رضائية، ولا تستوجب شكلاً خاصاً لانعقادها عملاً بالمادة ٧٠٠ منه، وبالتالي فإن الوكالة في البيع تخضع في شكلها الخارجي لقانون محل إبرامها.

(جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ الطعن ٢١٦ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٧٧٢)

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة، فلا بد من وكالة خاصة في كل منهما يخصص فيها نوع التصرف الموكّل فيه، ولا تكفي الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل، فهذه الوكالة العامة إنما تكفي في أعمال الإدارة لا في أعمال التصرف (م ٧٠١ مدني). وقد نصت المادة ٧٠٢ مدني في هذا الصدد على ما يأتي: ١- لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء. ٢- والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصص، إلا إذا كان العمل من التبرعات. ٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري.

ويخص من هذا النص أن التوكيل في البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلاً خاصاً، أي توكيلاً يذكر فيه هل التوكيل في البيع أو في الشراء، ولا يشترط في هذا التوكيل الخاص تعيين الشيء الذي يباع أو يشتري.

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيله عن زوجها في شراء الحاجات المنزلية (استئناف مخطط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٢).

١- التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل

عن الغائب أو حارس قضائي

٤٨- المصادر التشريعية: النائب هنا يستمد ولايته من القانون كما قدمنا، فالقانون هو الذي يحدد مدى هذه الولاية. وهناك مصدران تشريعيان مختلفان، أحدهما يحدد مدى ولاية الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب، والثاني يحدد مدى ولاية الحارس القضائي.

فالمصدر التشريعي الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة والوكالة عن الغائب. وقد كانت هذه النصوص قبلاً يحتويها قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥. وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر في سنة ١٩٤٧. ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، وهو الذي يسمى بقانون الولاية على المال.

والمصدر التشريعي الثاني هو النصوص الخاصة بالحراسة، وهذه يحتويها التقنين المدني في المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨.

ونستعرض، طبقاً لهذه المصادر التشريعية، مدى ولاية الولي، ثم مدى ولاية الوصي والقيم والوكيل عن الغائب، ثم مدى ولاية الحارس القضائي، في البيع والشراء، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف في المدى عن الولاية التي للطائفتين الأخريين.

٤٩- ولاية الولي في البيع والشراء: الولي هو أبو القاصر أو جده، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد.

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر أو في محله التجاري أو في أوراقه المالية إذا زادت قيمة أي منها على ثلثمائة جنيه، إلا بإذن المحكمة. ولا يجوز للمحكمة في هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة^(١). وقضت المادة ٨ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر، عقارية كانت أو منقولة، ولو لم يتجاوز قيمتها ثلثمائة جنيه، إلا بإذن المحكمة وتحت

(١) نص المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في فقرتها الثانية بأنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة، ومفاد ذلك أن اشتراط خلو التصرف من الغبن الذي يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الخاضعة لاستئذان المحكمة، وإذا كان عقد البيع الصادر من الولي الشرعي يبيع أطياف النزاع التي آلت للقاصر بطريق التبرع من أبيه - إلى المطعون ضدها الأولى غير مقيد بصور إذن من الممكن إبرامه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحته ونفاذه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ مجموع أحكام النقض السنة ٣١ ص ١٤٣٩)

إشرافها، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالآلا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث. أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها، ولو زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه، بدون إذن المحكمة. ويخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلاً تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثمائة جنيه. ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثمائة جنيه، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع، ولا فيجب إذن المحكمة. وفي جميع الأحوال، أى في المنقولات والعقارات، يجب إذن المحكمة أياً كانت القيمة، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالآلا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث^(١). وحكم الشراء هو حكم البيع^(١).

أما الجد فلا يجوز له التصرف في مال القاصر إطلاقاً، عقاراً كان أو منقولاً، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً، إلا بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال).

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون المحاكم الحسبية، كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المتبعة. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ قضى بطلاق عقد بيع الأتليان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته ولياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاءه على قوله: ... فالثابت من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأي سوى التدبير وباع مال ولده، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان باختياره وهي بالنسبة للعقار لا تكون إلا بضعف قيمته، فإن باعه بأقل من الضعف لم يجز هذا البيع، فهذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه لا مخالفة فيه للقانون، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسبية (نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص ٧١٤).

(١) أ- مفاد القيود الواردة في المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذي نظم أحكام الولاية على المال على حق الولي في التصرف في مال القاصر أو في إدارة هذا المال سواء كانت هذه القيود قيود إشراف ورقابة أو حظر موضوعية لا تسري على ما يكون الولي الأب قد تبرع به من مال للقاصر صريحاً كان هذا التبرع أو مستتراً ويكون للولي التصرف في هذا المال بجميع التصرفات ومنها رهنه في دين على الولي نفسه وذلك دون أي قيد على سلطته في هذا الخصوص.

(حسنة ١٩٦٨/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ١٦٠٠)

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٩٥٧ لسنة ٤٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ١٤٣٩)

ب- المادة ٤٨٨ من القانون المدني تجيز حصول الهيئة تحت ستار عقد آخر، وهي تخضع في شكلها للقواعد الخاصة بالعقد الذي سترها، والهيئة المستترة في صورة عقد بيع تصح متى كان العقد جامعاً في الطاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده، أي مذكوراً فيه الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، وإذا كان الواقع في الدعوى أن العقد استوفى ظاهرياً الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمان، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية إلى نفسه بصفته ولياً شرعياً على أولاده المطعون عليهم وقت أن =

ولا يجوز للولي، أباً كان أو جداً، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه (أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقارب زوجته إلى الدرجة الرابعة) إلا بإذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال). فإذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه، أما الجد فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال).

٥٠- ولاية الوصي والقيم والوكيل عن الغالب في البيع والشراء: وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصي التصرف في أموال القاصر (١)، عقاراً كان المال أو منقولاً، وبيعاً كان التصرف أو شراءً، إلا بإذن المحكمة. ولا بد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر، ويطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال). وتسري هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغالب (م ٧٨ قانون الولاية على المال) (١).

= كانوا قسراً، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدني تجيز للولي الشرعي أن ينوب عن الموهوب له في الهبة ولو كان هو الواهب فيكون له أن يتعاقد مع نفسه، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة في صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة.

(جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٧٨٦ ع ١٤)

(١) وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغالب إلا بإذن المحكمة، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إبرامه، وإلا فإنه يسقط «الأستاذ عبد المنعم البدراني» فقرة ١١٧ ص ١٦٧ - محكمة شبين الكون الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢، الهامة ٣٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢. ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً وبصححة إذن المحكمة (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢). وذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا تصححه الإجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧). ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحاً غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهي تجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لاستثناء النياية (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢). وعبرة المذكرة الإيضاحية غير صريحة في إدخال نظام العقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف في الفقه الإسلامي في قانون الولاية على المال، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة النائب حدود الولاية.

(١) أ- موافقة محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال على ما أبرمه الوصي من بيع عقار القاصر يجعل هذا العقد صحيحاً نافذاً بين طرفيه فلا يملك أيهما التحلل منه بإرادته المفردة، وإنما يتم انحلاله باتفاقهما رضاء أو بصدور حكم قضائي بينهما بذلك، ومن ثم لا يكون لقرار محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال اللاحق بالعدول عما كانت قد وافقت عليه من أثر على العقد الذي سبق أن انعقد صحيحاً بناء على هذه الموافقة.

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٠ الطعن ١٦٤٠ لسنة ٤٩ ق)

ب- إذا كانت الوصية حين تصرفت يبيع الأتليان المملوكة للطاعنة إنما كان ذلك باعتبارها نائباً عنها نيابة قانونية محل فيها إرادتها محل إرادة الأصيل - القاصر - مع إصراف الأثر القانوني لهذه -

على أن هناك ضرورياً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة، فهذه يجوز أن يباشرها الوصي والقيم والوكيل عن النائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة، وذلك كبيع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه.

٥١- ولاية الحارس القضائي: يعين الحارس القضائي على المال في حالات معينة، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه (م ٧٢٩ - ٧٣٠ مدني).

ويعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً، وإلا تولى القاضي تعيينه (م ٧٣٢ مدني). ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة مدى ولاية الحارس (م ٧٣٣ مدني)، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية يباشر الحارس جميع أعمال الإدارة بدون حاجة إلى إذن المحكمة، أما أعمال التصرف، ومنها البيع والشراء، فلا بد فيها من الإذن (م ٧٣٥ مدني)، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحفاً بأعمال الإدارة كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة فتجوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن.

٢- بيع النائب لنفسه

٥٢- القاعدة العامة: رأينا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠٨ مدني تنص على أنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة». ويتبين من هذا النص أنه لا يجوز للنائب عن البائع أن يبيع الشيء من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضاً، كما لا يجوز للنائب عن المشتري أن يبيع مال نفسه أو مال شخص هو نائب عنه أيضاً من المشتري الذي هو نائب عنه.

ذلك أن النائب يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين. والتعارض، في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن المتبايعين معاً، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين. وهو، في

= الإرادة إلى هذا الأخير كما لو كانت قد صدرت منه.

(جلسة ١٩٨٠/١٢/١٦ الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٤٩ق)

ج- إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة الذي عقده الوصي بدون إذن المحكمة الحسية هو عقد باطل بطلاناً نسبياً يصح باحازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد فإنه يكون قد طلق القانون على وجه الصحيح.

(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٦ ص ٧٣)

(١) الوسيط ١ فقرة ٩٧.

حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصالته عن نفسه، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل في كلتا الحالتين.

٥٣- تطبيقات خاصة في بيع النائب لنفسه - النصوص القانونية: وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام في عقد البيع، تحت عنوان بيع النائب لنفسه، في المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدني (١).

فنصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه، مباشرة أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلني، ما يخط به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى». ونصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه «لا يجوز للسامسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار». ونصت المادة ٤٨١ مدني على أنه «يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه» (٢).

(١) هذا عدا ما ورد في قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الأب أو الجد في عقار الصغير لنفسه وعدم جواز تصرف الوصي والقيم والوكيل عن النائب في مال المحجور لنفسه، وذلك كله ما لم يصدر إذن من المحكمة بجيز التصرف، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آفاً فقرة ٤٩ وفقرة ٥٠)، وسنعود إليه فيما يلي (أنظر فقرة ٥٤).

(٢) تاريخ النصوص:

م ٤٧٩: ورد هذا النص في المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «لا يجوز البيع في الأحوال الآتية، حتى لو كان البيع بالمزاد، وسواء عقد المشتري الصفقة باسمه أو باسم مستعار: (أ) إذا كان المشتري وصياً أو قهناً أو نائباً عن غيره بحكم القانون، واشتري مال من هو نائب عنه. (ب) إذا كان المشتري وكيلاً بالبيع، واشتري المال الموكل ببيعه. (ج) إذا كان المشتري منوطاً به إدارة عين أو كان موظفاً عاماً، واشتري المال المعهود إليه في بيعه أو المال الذي يجب أن يتم بيعه على يده. (د) إذا كان المشتري سنديقاً أو حارساً مصفياً، واشتري مال التفليسة أو مال المدين المعسر. (هـ) إذا كان المشتري مصفياً لشركة أو لفرقة، واشتري المال الذي يصفيه. كل هذا ما لم يصدر إذن من القضاء في البيع، وكل هذا دون إخلال بما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية من أحكام. وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا العبارة الأخيرة حيث كانت: «مع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في القوانين الخاصة». وأصبحت المادة رقمها ٥٠٦ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وعدلت لجنة الشيوخ عبارة «القوانين الخاصة» بعبارة «قوانين أخرى» ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته تحت رقم ٤٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٢٢٥).

م ٤٨٠: ورد هذا النص في المادة ٦٤٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «لا يجوز البيع في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائي، فمجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧).

م ٤٨١: ورد هذا النص في المادة ٦٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «١- على أنه يجوز في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين، أن يجيز العقد من تم البيع لحسابه، إذا توافرت

ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٥/٢٥٨ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٤٤٧ - ٤٤٩. وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٨ - ٤٧٠ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٨ - ٥٩٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٧٨ - ٣٧٩ و ٣٨١ (٢).

= وقت الإجازة الأهلية الواجبة. ٢- فإذا رفض إجازة العقد، وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع. وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة، وعدلت الفقرة الأولى بحيث أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمه ٥٠٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ و ص ٢٣١).

(١) التقنين المدني السابق ٣٢٥/٢٥٨: لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعي كالأوصياء والأولياء، ولا للوكلاء المقامين من موكلهم، أن يشتروا الشيء الموط بهم ببيعهم بالصفات المذكورة. فإذا حصل الشراء منهم، جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في معرض الموازنة بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ما يأتي: زيد (في التقنين الجديد) على النواب السماسرة والخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها، لأن حكمه المنع فيهم متوافرة: م ٦٤٧ من المشروع وقد نقلت عن التقنين التونسي م ٥٦٩ - نص المشروع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالمزاد أو كان باسم مستعار، والنص على الحالة الأولى يزيل لبساً، وعنى الحالة الثانية يواجه أمراً كثير الوقوع - أجاز المشروع تصحيح البيع. لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله، كالوصي يستأذن المجلس الحسي (مجموعة الأعمال التحضيرية، ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٤٧ - ٤٤٩ (مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري). وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٩.

التقنين المدني الليبي م ٤٦٨ - ٤٧٠ (مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري). التقنين المدني العراقي م ٥٨٨: ١- يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده وله أن يشتري ماله ولده لنفسه، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد. ٣- والجد كالأب في الحكم.

م ٥٨٩: لا يجوز للوصي المنصوب أو للقيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع مال نفسه للمحجور، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً، سواء أكان في ذلك خير للمحجور أم لا.

م ٥٩٠: ١- لا يجوز للوصي المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لليتيم، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة. ٢- والخيرية هي أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل، على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة.

م ٥٩١: لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمحجور ولا أن يشتري مال المحجور لنفسه.

م ٥٩٢: ١- ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها على يدهم. وليس لوكلاء التفاليس ولا للحراس المصنفين أن يشتروا أموال التفاليس ولا أموال المدين المعسر. وليس لمصفي الشركات والتركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها، وليس للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال =

٥٤- الأشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء: ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً، وقد تقدم ذكر ذلك.

والنيابة في بيع مال الغير قد تأتي من اتفاق، وهذه هي الوكالة، فمن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، كأن يشتريه لزوجته أو لولد له أو لأحد ممن يمت له بصلة ويكون هذا المشتري في الواقع من الأمر مسحراً من النائب. وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع، ولا معقب على تقديره في ذلك من محكمة النقض، ويجوز إثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١). وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبناني قرينة قانونية على الاسم المستعار، فقضى في المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدون أشخاصاً مستعاريين، فتصبح هذه القرينة من مسائل القانون في هذا التقنين. والشراء محظور على النائب كما قدمنا،

= المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها. وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري، ولو بطريق المزاد العلني، لا بنفسه ولا باسم مستعار، ما هو محظور عليه شراؤه. ٢- عني أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه، متى كان وقت الإجازة حائزاً للأهلية الواجبة. أما إذا لم يجره وبيع المال من جديد، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع. (وأحكام التقنين العراقي تقرب في مجموعها من أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن التقنين العراقي نقل أحكام الفقه الإسلامي في بيع الولي والوصي والقاضي ما لهم للمحجور وشرائهم لمال المحجور، وفيما عدا أن التقنين العراقي في المادة ٥٩٢ أفاض في تعداد الوكلاء ومن لهم صفة النيابة عن الغير على النحو الذي كان عليه المشروع التمهيدي للتقنين المصري - أنظر الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون العراقي فقرة ٣٤٠ - فقرة ٣٥٣، وفي أن الجواز على المنع في القانون العراقي أن يكون العقد موقوفاً فقرة ٣٥٣).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٨: إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلي لا يجوز لهم الشراء لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعاريين ولو كان الشراء بالمزادة، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء، وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً. أولاً - لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها. ثانياً - لا يجوز لمثولي الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فوض إليهم أمر الاعتناء بها. ثالثاً - لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها. رابعاً - لا يجوز للأب أو الأم، ولا للوصي أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي الموقت، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم.

م ٣٧٩: لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والديون التي عهد إليهم في بيعها أو تخمينتها، ولا أن يقايضوا بها أو يرتبوا بها.

م ٣٨١: إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً مستعاريين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة.

(وأحكام التقنين اللبناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري)

(١) أنظر في كون النائب اشترى باسم مستعار يعتبر من مسائل الواقع لا من مسائل القانون أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش ١٧ - بودري وسيتيا فقرة ٢٥٢ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٨.

ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو في المزاد العلني. فلو وكل شخص في بيع مال للغير بالمزاد العلني، فإنه لا يجوز له أن يدخل مزاداً لشراء هذا المال، فلا ترال مصلحة الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله (١).

ويلحق بالوكيل من نيطة به إدارة عين واشترى المال الذي يجب أن يتم بيعه على يده، ومن عين مصفياً لركة أو لشركة واشترى المال الذي يصفيه (٢).

وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق نص في القانون، وذلك كالولي، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه، لا باسمه ولا باسم مستعار، ولو كان الشراء في المزاد العلني، وهذا ما يقع غالباً في بيع أموال المحجورين، إلا إذا كان القانون يخصص في ذلك. وقد قدمنا أنه يجوز للولي شراء عقار الصغير لنفسه، بشرط الحصول على إذن من المحكمة في ذلك (٣).

وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة. فالوصي والقيم والوكيل عن النائب وأمين التفليسة والحارس القضائي، كل هؤلاء ينوبون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية. والموظف العام قد ينوب عن الدولة في بيع

(١) وكانت هذه المسألة مختلفاً عليها في عهد التقنين المدني السابق، فحسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف بنص صريح. انظر في جواز دخول النائب في المزاد في عهد التقنين المدني السابق الأستاذ عبد الحميد أبو هيف في طرق التنفيذ فقرة ٨٥٥ - فقرة ٨٥٦، وفي عدم جواز ذلك جرائمولان فقرة ٥٨ - دي هلتس ٤ لفظ Vente فقرة ٥٦ - الأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد في التنفيذ فقرة ٦٦١ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٩٢٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٣٨. وأنصار جواز دخول النائب في المزاد كانوا يقصدون البيع بالمزاد الجبري - دون المزاد الاختياري، ففي البيع الجبري لا يعتبر الوكيل منوطاً بالبيع، وهو بيع يجب فيه اتباع إجراءات من شأنها أن تحفظ حق المالك المدين. وكان يوجد اتفاق على أن الوصي يجوز له أن يدخل مزاداً في شراء ملك إذا تحققت له مصلحة مشروعة في ذلك، كأن يكون شريكاً على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم إمكان قسمتها عيناً، فله أن يزاد، وإذا رسا عليه المزاد لم يعتبر مشترياً من القاصر لأن القسمة كاشفة، وكأن يكون الوصي دائماً مرتباً، فله أن يدخل مزاداً في بيع عقار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر في أن كلا منهما يريد أن يبلغ ثمن العقار أعلى حد (بلانبول وريبير ٢ فقرة ٥٤ - كولان وكاينان ٢ ص ٤٨٧ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٣٧).

ويبدو أن النائب في البيع إذا باع العقار المنوط به بيعه لم يجز له، إذا كان شافعياً في هذا العقار، أن يأخذه بالشفعة. فإن الشفعيع يعتبر مشترياً إذ هو محل محل المشتري، ولجواز أن يتعامل مع المشتري في شروط البيع حتى يشفع في العقار بنفس الشروط. يضاف إلى ذلك، بالنسبة إلى النائب إذا كان وكيلاً، أن قوله للوكالة في بيع العقار ينطوي على نزول ضمنى منه عن حقه في أخذ العقار بالشفعة. وقد كان هذا هو الرأي المعمول به في عهد التقنين المدني السابق (دي هلتس ٤ لفظ Vente فقرة ٦٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٣٥ في الهامش).

(٢) أنظر المشروع التمهيدي للمادة ٤٧٩ مدني (أنفاً فقرة ٥٣ في الهامش).

(٣) أنظر أنفاً فقرة ٤٩.

أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية. فلا يجوز لأحد من هؤلاء أن يشتري المال المعهود إليه في بيعه. لا باسمه ولا باسم مستعار، ولو كان الشراء في مزاد علني. وقد قدمنا أن الوصي والقيم والوكيل عن النائب يجوز لهم باذن خاص من المحكمة، أن يشتروا أموال محجورينهم (١).

كذلك لا يجوز للسمسار، إذا عهد إليه شخص في بيع مال له، أن يشتري هذا المال لنفسه (٢). فذلك أن السمسار إما أن يكون عنده توكيل بالبيع، فيصبح وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه. وإما ألا يكون عنده توكيل، فعند ذلك لا يكفي رضائه بشراء الشيء لنفسه بل يجب قبول المالك، وفي هذا إذن يجعل الشراء جائزاً. ومثل السمسار الخبير الذي يعهد إليه في تقويم شيء، لا يجوز له أن يشتريه لنفسه، لتعارض المصلحة إذ أن ذلك يحمله على أن يخصص تقويم الشيء، حتى ينتفع هو من بخس الثمن (٣). ولا خبير كالسمسار، إما أن يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشيء لنفسه، وإما ألا يكون عنده توكيل فلا بد في هذه الحالة من قبول المالك. والسمسار والخبير ممنوعان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلني، سواء كان الشراء باسمهما أو باسم مستعار (٤).

٥٥- الجزء على المنع من الشراء: وليس الأشخاص الذين قدمنا ذكرهم ممنوعين من الشراء لنقص في أهليتهم، فنقص الأهلية شيء، والمنع من الشراء شيء آخر. وإنما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة كما قدمنا.

وقد ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (٥) أن هناك رأياً يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه - ومن ثم شراء النائب للمال المعهود إليه في بيعه - قابل للإبطال لمصلحة الأصل، ولذلك ترد عليه الإجازة. وقد أخذت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بهذا الرأي، إذ جاء فيها: «ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للإبطال لمصلحة الأصل... ومن الواضح أن البطلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص (٦)». وجاء في نفس المذكرة الإيضاحية في صدد بيع النائب لنفسه: «أجاز المشروع

(١) أنظر أنفاً فقرة ٥٠.

(٢) وكذلك من عهد إليه في بيع قطن وعجل جزءاً من الثمن لا يجوز له أن يشتري القطن لنفسه (استئناف مخطط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ ص ٢٨٧).

(٣) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣.

(٤) تنص المادة ٣١١ من قانون المرافعات (تقابلها المادة ٦٦٧ من قانون المرافعات المدني) على أن «لا يجوز للمدين، ولا للقضاء الذين نظروا بأى وجه من الوجوه إجراءات التعيذ أو المسائل المتفرعة عنها، ولا للمحامين الوكلاء عن مباشر الإجراءات أو المدين، وأن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسجير غيرهم، وألا كان البيع باطلاً».

(٥) الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥.

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦.

تصحیح البيع وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعلّة تعارض المصلحة - لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل حصوله كالوصى يستأذن دائرة الاحوال الشخصية ولاية على المال^(١).

والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع. فإذا ما باع النائب المال لنفسه، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه، يكون قد جاوز حدود نيابته، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجاز له هذا^(٢). ويرتب على هذا التكييف النتائج الآتية:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٠ - وهذا هو أيضاً ما يذهب إليه الفقه الفرنسي بوجه عام (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٣٤ - بودرى وسينيا فقرة ٢٥٠ وفترة ٢٥٤ - بلانيول وريبير وهامل ٦٠ فقرة ٥٨).

(٢) وقد سبق أن قلنا بهذا الرأي في الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ - والفقه في مصر قريب من هذا الرأي. فيذهب الأستاذ أنور سلطان (فترة ٤٥٧) إلى أن جزء المنع من الشراء يجب أن يتلخص في القواعد الخاصة بالنيابة، لا القواعد الخاصة بالبطلان، ومن مقتضى القواعد الخاصة بالنيابة أن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا تم في حدود نيابته. ولكنه يقول بعد ذلك: «فإذا منع المشرع النائب من مباشرة عمل ما، وخالف النائب هذا المنع، فيعتبر أنه قد تعاقّد خارج نطاق نيابته، ولذا لا ينفذ تعاقده في حق الأصل إلا إذا أقره» (ص ٤٣٤). وهذا صحيح فيما يتعلق بالنيابة القانونية والنيابة القضائية. أما في النيابة الاتفاقية، فالمشرع لم يتدخل لتحديد مدى النيابة، بل الاتفاق هو الذي حدد هذا المدى. ولم يدخل فيه أن يشتري النائب لنفسه، ومن هنا جاءت مجاوزة النائب لحدود النيابة، فالمنع في النيابة الاتفاقية مؤسس على إرادة الأصل على نص المشروع.

وانظر في هذا المعنى الذي يذهب إليه الأستاذ أنور سلطان الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٢٣. ويذهب الأستاذ سليمان مرقس (فترة ١٣٧) إلى أن النائب جاوز حدود النيابة في أنه لم يبيع بأعلى لمن يمكن. أنظر أيضاً الأستاذ جميل الشرفاوى في نظرية بطلان التصرف فقرة ٨٩، وفي عقد البيع فقرة ١٦. وفي رأينا أن النائب جاوز حدود الوكالة في أنه اشترى لنفسه، أي كان الثمن الذي اشترى به.

ويذهب الأستاذ منصور مصطفى منصور (فترة ١٣٤ ص ٣٠٣ - ٣٠٤) إلى ما ذهبنا إليه من أن النائب يجاوز حدود النيابة إذا اشترى لنفسه، فلا بد من إجازة الأصل. ثم يقول إن الشراء قبل الإجازة يكون عقداً موقوفاً، على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وإجازة الأصل تجعله ينفذ. وملاحظتنا على هذا الرأي أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف في الفقه الغربي، فقد لجأنا إلى تكييف آخر في الحالة التي يجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة، ويقتضى الأمر إقرار الموكل، فقلنا في الجزء الأول من الوسيط (فترة ٨٩ ص ١٩٨ هامش رقم ٢): «فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة، على أن يقره الموكل بعد ذلك. ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون، فقد جعل الموكل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة. والنيابة هنا ليست منجزة، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل». وليس من شك في أن نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هي أكثر ملاءمة لتكييف الوصي الذي نحن بصدد، لو أمكن إدخالها عن طريق الاجتهاد في الفقه =

١- أن الأصل إذا أدخل في حسابه جواز أن يشتري النائب المال لنفسه، فأذن له في ذلك قبل الشراء، جاز شراؤه، إذ يكون التصرف قد دخل في حدود النيابة، (أنظر المادة ١٠٨ مدني).

٢- وإذا لم يأذن الأصل مقدماً في الشراء، فله أن يجيز الشراء بعد تمامه، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة. وبهذا تقضى صراحة المادة ٤٨١ مدني إذ تنص على أنه «يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجاز من تم البيع لحسابه».

٣- وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم، فالقانون هو الذي يتولى بنفسه رسم حدود النيابة. فتارة يجيز بيع النائب لنفسه دون إذن كما فعل في حالة الولي عندما يشتري منقول الصغير لنفسه، وطوراً يستوجب إذن المحكمة كما فعل في حالة الولي عندما يشتري عقار الصغير وفي حالة الوصي والقيم والوكيل عن الغائب عندما يشتري مال المحجور^(١). وإلى هذا تشير المادة ٤٧٩ مدني عندما تقول في عبارتها الأخيرة: «ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى»، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه في هذا الصدد^(٢).

=المصري. وقد منع المشرع المصري إدخالها في أهم تطبيق من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير، إذ أورد نصاً صريحاً في أن هذا البيع قابل للإبطال، وكان الأولى أن يكون عقداً موقوفاً - وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في بيع ملك الغير (أنظر ما يلي فقرة ١٦٤).

(١) وقد قدمنا أن الفقه في فرنسا، وفي مصر في عهد التقنين المدني السابق، يذهب إلى أن للوصي شراء مال القاصر إذا كانت له حقوق من قبل على هذا المال، وكان القصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق، كما لو كان الوصي شريكاً في الشروع مع القاصر أو دائناً مرتبهاً له، وبيعت العين بالمزاد العلني لعدم إمكان قسمتها عيناً أو لتنفيذ على العين المرهونة (أنظر آنفاً فقرة ٥٤ في الهامش. وانظر أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٣١ - ٣٢ - بودرى وسينيا فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٤ - بلانيول وريبير ٢ فقرة ٥٤ - كولان وكايتان ٢ ص ٤٨٧ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٣٧). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التقنين المدني السابق بأن تحريم شراء النائب للشيء الذي نيط به بيعه لا يسرى في البيوع القضائية إذ هي محوطة بالضمانات الكافية (٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٣). أما في عهد التقنين المدني الجديد حيث ورد نص صريح في تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمزاد العلني، فيبدو أنه لا يجوز للوصي شراء مال القاصر، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشترى في مزاد علني، من غير إذن المحكمة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠).

(٢) ويستثنى أيضاً ما تقضى به قواعد التجارة (أنظر المادة ١٠٨ مدني)، وذلك كما في الوكيل بالعمولة. وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه (نقص مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧).

المبحث الثاني

شروط الصحة

٥٦- الأهلية وعيوب الإرادة: بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع، نتقل إلى شروط صحته. وشروط صحة البيع هي شروط صحة أى عقد: توافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة. فتتکلم إذن فى: (١) الأهلية فى عقد البيع (٢) وعيوب الرضا فى عقد البيع.

المطلب الأول

الأهلية فى عقد البيع

٥٧- تمييز الأهلية عما يلتبس بها من النظم: قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن الأهلية تلتبس بغيرها من النظم، وكثيراً ما تختلط بها. فيحسن تمييز الأهلية تمييزاً دقيقاً عن غيرها.

الأهلية مناطها التمييز، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية.

والأهلية غير الولاية على المال. فالولاية على المال هي نفاذ التصرف على مال الغير، كنفاذ تصرف الولي والوصي على مال المحجور. ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه.

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف. فمن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيما وقفه، لا لنقص فى أهليته، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف.

والأهلية غير المنع من التصرف. فالمريض مريض الموت ممنوع من التصرف فى ماله فى حدود معينة لمصلحة الورثة، بحيث إذا جاوز هذه الحدود لم يصر تصرفه فى حقهم. والنائب ممنوع من شراء ما وكل فى بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصيل، بحيث إذا اشترى هذا المال لم يصر التصرف فى حق الأصيل. وعمال القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان نظر النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلاً. وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، والمنع هنا أيضاً للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلاً.

٥٨- أهلية التصرف واجبة فى كل من البائع والمشتري: فالأهلية إذن هي التى ترجع

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٧.

إلى التمييز. وقد علمنا عند الكلام فى النظرية العامة للأهلية أن هناك أدواراً ثلاثة طبيعية يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت. فالدور الأول هو دور عدم التمييز، والصبي غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أى تصرف. والدور الثانى هو دور التمييز، ويبدأ من سن السابعة وهى سن التمييز إلى سن الحادية والعشرين وهى سن الرشد. وفى هذا الدور يكون الصبي المميز ناقص الأهلية، لا عديمها ولا كاملها، فيباشر من التصرفات ما يكون نافعاً نفعاً محضاً، ولا يباشر منها ما يكون ضاراً ضرراً محضاً، وما كان من التصرفات دائراً بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره بإجازة الولي. والدور الثالث هو دور الرشد، ويبدأ من الحادية والعشرين، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلاً لجميع التصرفات ومنها البيع والشراء، بل ويكون أهلاً للتبرعات وهى التصرفات الضارة ضرراً محضاً، وذلك ما لم يحجر عليه لجون أو عته أو غفلة أو سفه، فينصب له قيم يباشر عنه التصرفات على النحو الذى قدمناه فى النظرية العامة للأهلية.

ويخلص من ذلك أن الصبي غير المميز ليس أهلاً لا للبيع ولا للشراء، لأن البيع - سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشتري - يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

أما الصبي المميز - ويلحق به المحجور - فأهليته فى البيع والشراء أهلية ناقصة (١). فهو يستطيع أن يبيع ويشتري، بشرط إجازة الولي أو الوصي أو القيم وبإذن من المحكمة فى الأحوال التى نص القانون فيها على ذلك، وقد أشرنا إليها فيما تقدم.

ومن بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة - أى بلغ سن الرشد - غير محجور عليه، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد، فلا يحتاج إلى إذن ولي ولا إلى إذن من المحكمة.

فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هي أهلية التصرف، وتقتضى بلوغ سن الرشد (١).

(١) وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نصين فى أهلية البائع المشتري، هما تطبيق محض للقواعد العامة، ولذلك أغفلهما التقنين المدني الجديد. فكانت المادة ٣١٢/٢٤٦ مدني سابق تنص على أنه «يجب أن يكون كل من البائع والمشتري متصفاً بالأهلية الشرعية للتعامل (capacité légale de s'obliger). وكانت المادة ٣١٣/٢٤٧ تنص على أنه يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعية للتصرف (capacité légale d'aliéner).

(١) أ- تصرف المحجور عليه الدائر بين النفع والضرر - كالبيع - لا يكون قابلاً للإبطال إلا لمصلحته فلا يسوغ إلا له أو لمثله القانوني التمسك به، وإذا كان البائع لمورثه المطمعون عليهم نصيب فى العقار محل عقد القسمة لم يختصم فى الدعوى الحالية بصحة ونفاذ هذا العقد الذى أبرمته معه، كما لم يختصم فيها القيم عليه، ولم يتدخل الأخير فيها فإن الطاعمين - وهم باقى المتقاسمين - يكونون ولا صفة لهم فى الطعن على البيع بأى مطعن ولا يكون لهم بالتالى أن يطلبوا إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات بطلان البيع.

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ الطعن ٩٥٤ لسنة ٤٤ق)

٥٩- متى يكفي التمييز في أهلية البيع والشراء: على أن هناك أحوالاً معينة يكفي فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد ليتوافر في الإنسان أهلية البيع والشراء.

١- فقد نصت المادة ١١٢ مدني على أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها يحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون». والقانون هنا هو قانون الولاية على المال. وتقضي المادة ٥٤ منه بأن للولي أن يأذن القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. وتقضي المادة ٥٥ منه بأن للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. وسواء أذن للقاصر من وليه أو من المحكمة، فإنه متى تسلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الإدارة. ويدخل في هذه الأعمال أي بيع أو شراء تقتضيه الإدارة، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده في هذه الحدود. وكذلك تكون له أهلية التصرف، بيعاً وشراءً، في صافي دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (م ٢/٥٦ قانون الولاية على المال). وهذه الأحكام تسري على المحجور للسفه أو للغبلة إذا أذنت المحكمة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها (م ٦٧ قانون الولاية على المال).

٢- وتقضي المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة أن يتجر، ويكون إذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً. فيكون للقاصر في هذه الحالة الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها.

٣- وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكون «القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره. ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته». ويخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح، دون حاجة إلى أي إذن، أهلاً لأهلية كاملة في التصرف في كسب عمله. فيستطيع، في حدود هذا الكسب، أن يبيع وأن يشتري وأن يلتزم.

٤- وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن «للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط». ويخلص من هذا النص أن القاصر المميز - أيًا كانت سنه - متى وضع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه، كانت له أهلية التصرف

= ب- ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أي عين مهما كان مقدار إعادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كدبا بلوغه سن الرشد، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحاله القصر أو يجهلها.
(جلسة ١٩٨٠/٣/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ٨٠٦)

كاملة في هذا المال. فيجوز له أن يشتري بهذا المال ما يحتاج إليه من مأكّل وملبس وغير ذلك، ويجوز له أن يبيع المال إذا كان غير نقد للحصول على نقد ينفق منه على نفسه. فهو كامل الأهلية في التصرف، بيعاً وشراءً والتزاماً، في حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة.

٥- وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق». ويخلص من هذا النص أن القاصر إذا أذنت له المحكمة في الزواج - ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة إذا كان ذكراً والسادسة عشرة إذا كانت أنثى وفقاً للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ (مادة ١٧) - تضمن هذا الإذن إذناً في أن يتصرف الزوج في المهر بإعطائه لزوجته وفي التصرف في ماله للنفقة على زوجته، وتضمن إذناً في أن تتصرف الزوجة في المهر الذي تأخذه من زوجها فتكون لها الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها في أن تشتري جهازها من هذا المهر. وهذا كله ما لم تقرر المحكمة غيره عند الإذن في الزواج، أو في قرار لاحق لهذا الإذن.

المطلب الثاني

عيوب الرضا في عقد البيع

٦٠- تطبيق القواعد العامة: عيوب الرضا في عقد البيع هي عيوبه في أي عقد آخر، فيعيب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس^(١) أو إكراه^(٢) أو

(١) ومن صور التدليس في البيع صورة تسمى باحتكار البيع (vente à monopole). فيعمد منتج السلعة إلى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلعته بيعاً باتاً، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من العملاء لحسابه. ويخرف المنتج للتاجر السلعة، ويؤكد له أنها رائجة كل الرواج، فيحمله بذلك على أن يقبل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعها وحده. ثم يتبين التاجر أن السلعة ليست رائجة، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكميات الكبيرة اطمئناناً إلى تأكيدات المنتج، فتصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة. وقد سار القضاء الفرنسي على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة الصادرة من منتج السلعة عن رواج سلعته تدليساً يجعل البيع الصادر منه للتاجر قابلاً للإبطال (بيدان ١١ فقرة ٢٣ - الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٢٠ - وقد أشار بيدان في القضاء الفرنسي إلى الأحكام الآتية: محكمة السين التجارية ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٦ مجلة القانون الفرنسي ١٩٢٦ ص ١٥٥ - محكمة مارسيليا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة مارسيليا ١٩٣٣ - ١ - ١٩٣٥ - محكمة الهافر ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ٢ - ١٠١٦ - محكمة بيزانسون ١٦ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦).

(٢) تمسك الطاعتين بأن عقد البيع الابتدائي الذي أبرمه الحارس العام بوصفه ممثلاً لمورثتهم ثم في ظروف قهر ناجمة عن فرض الحراسة على أموالها وأن توقيعها على العقد النهائي بعد رفع الحراسة كان خوفاً من تكرار فرض الحراسة على ممتلكاتها ولم يكن وليد إرادة حرة. دفاع يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى. عدم فطنة الحكم المطعون فيه له. خطأ وقصور مبطل.
(جلسة ١٩٩٩/٤/١٥ الطعن ١٣٨٣ لسنة ٦٧ ق)

استغلال. فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب، كان البيع قابل للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب. وفي الاستغلال يكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للإتقاص وفقاً للقواعد المقررة في الاستغلال، وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط. وللغبن أحكام خاصة في عقد البيع، سنتناولها عند الكلام في الثمن.

ولا جديد يقال في البيع في صدد هذه العيوب، فيتبع فيها القواعد المقررة في النظرية العامة في العقد فيما يتعلق بعيوب الإرادة^(١) كما هي مبسطة تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط.

ولكن العلق في المبيع في عقد البيع له شأن خاص، إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الإسلامي، فنتناوله هنا في شيء من التفصيل.

(١) ومن قضاء محكمة النقض في عيوب الرضا في البيع: نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٩٦ (التقدم في السن والأمراض المستعصية من شأنها أن تجعل الإرادة معيبة) - نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣ (عين معينة ذكر حد فيها مكان حد آخر: غلط مادي يصح) - نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢ (كتمان البائع عن المشتري أن المخل التجاري المبيع قد حكم بإغلاقه لعدم الرخصة يعتبر تدليساً، ولو كان المشتري يعلم بأن المخل غير مرخص لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة) - نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢ (متى قضت المحكمة لأسباب سائغة في حدود سلطتها التقديرية وقوع إكراه مؤثر في إرادة البائع أو تدليس مفسد لرضائه، فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه).

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عيوب الرضا في البيع: ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٣ (اشترى أرضاً كان يعتقد أنها تجار مسلكين يؤديان إلى الطريق العام فتبين عدم صحة ذلك: بعد غلطاً) - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ (لا يمتد بالغلط في تعيين الحدود إذا كانت ذاتية الأرض محددة ومعروفة للمشتري) - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ (الاكتتاب في أسهم شركة لم تحصل على فرمان خديوي دون أن يعلم المكتتبون ذلك يكون مشوباً بالغلط) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ (بعد غلطاً أن يقصد المشتري شراء نمرة كاملة ١٠١ في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من نمرة وجزء من نمرة أخرى، ولو تساوى الشيطان في المساحة والمنفعة) - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ (اشترى أرضاً قسمت في الخطوط لا في الطبيعة وكان يعتقد أنها تتجاوز طريقاً عاماً فظهر غير ذلك: بعد غلطاً) - ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠ (لا يعد غلطاً أن يكون أحد حدود الأرض طريقاً خاصاً وكان المشتري يظنه طريقاً عاماً) - ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ (بعد غلطاً أن يقصد المشتري شراء شيء آخر فإذا هو مقلد، ولو كان المشتري ذا خبرة بالآثار، فلا يتقيد في رفع دعوى العلق بمدة التقادم القصيرة المقررة في ضمان العيب الخفي) - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ (لا يعد غلطاً الخطأ في تعيين الحدود ما دامت ذاتية الأرض معروفة) - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ (لا بد من بيان ريع المبيع في العقد الابتدائي حتى يستطيع المشتري أن يتحمل بالعلط في قيمة المبيع لأن ريعه أقل مما قدر) - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ (علط المشتري في ذاتية الأرض التي اشتراها) - وانظر أيضاً في الغلط والتدليس: ٢٨ مايو ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ (علط) - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٨٩ (علط) - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ (تدليس) - ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢١ (تدليس) - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ (الغلط بأنواعه المختلفة).

٦١- علم المشتري بالمبيع - النصوص القانونية: تنص المادة ٤١٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

(١) - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه.

(٢) - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري علم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع^(١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٩-٣١٥/٢٥٣-٣١٩ (٢).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي: ١٥- يجب أن يكون المشتري عالماً بالشئ المبيع علماً كافياً. ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه. ٢- إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع، إلا إذا أثبت تدليس البائع. وفي لجنة المراجعة حذر النص تحويلاً لفظياً، وحدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٤٣٢ في المشروع النهائي. ووافق على مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ و ص ٢٠).

(٢) التقنين المدني السابق م ٣١٥/٢٤٩: يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، إما بنفسه أو بمن وكله عنه في معاينته. م ٣١٦/٢٥٠: إذا لم يشاهد المشتري جزءاً إلا بعض المبيع، وتبين أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه، فليس له ألا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تقبض ثمنه، ويسقط حقه في طلب الفسخ إذ تصرف في الشئ المبيع بأي طريق كان.

م ٣١٧/٢٥١: إذا ذكر في عقد المبيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع، إذا أثبت تدليس البائع عليه.

م ٣١٨/٢٥٢: بيع الأشياء التي لم يعاينها المشتري ولا وكيله في المعاينة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق حالته. م ٣١٩/٢٥٣: البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة، أو حصلت معاينته ممن عنه متمداً عليه في ذلك.

وقد لخص التقنين المدني الجديد هذه النصوص الخمسة في نص واحد هو المادة ٤١٩ المقدم ذكرها. وقد جاء في صدها في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي: «هذا النص يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري الحالي (السابق) هي المواد ٢٤٩-٣١٥/٢٥٣-٣١٩، على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدني وهذه لا تشترط رؤية المبيع، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيياً تعيياً كافياً. فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشئ المبيع علماً كافياً، وحذفت عبارة «إما بنفسه أو بمن يوكله عنه في معاينته» من نص التقنين الحالي (السابق) لبداهتها. ثم أراد أن يوفق بين هذا العلم - والمقصود به خيار الرؤية - وبين الاكتفاء بتبين الشئ. فذكر أن العلم يعتبر كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه (أنظر م ٣١٨/٢٥٢ مدني). ففروية المبيع يعنى عنه تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن تمييزه عن الأشياء الأخرى. وبديهي أن هذا التعيين يختلف باختلاف -

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٧- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٨- وفي التقنين المدني العراقي المواد ٧١٥-٥٢٣ وفي تقنين الموجبات والعقود لا يوجد نص مقابل (١).

=الأشياء - ثم نقل المشروع المادة ٢١٨/٢٥١ من التقنين الحالي (السابق)، فقرر أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع، إلا إذا أثبت تدليس البائع. وقد أغفل المشروع نصين في التقنين الحالي (السابق) لا فائدة من إيرادهما، أحدهما يقضي بأنه إذا لم يشاهد المشتري جزاءً إلا بعض البيع، وتبين له أنه لو رآه لامتنع عن شرائه، فليس له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم البيع أو تقيص ثمنه، ويسقط حقه في طلب الفسخ إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان (م ٢١٦/١٥٠ مصري). ويقضي النص الثاني بأن البيع للأعشى يكون صحيحاً إذا أمكه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة أو حصلت معاينة ممن عينه معتمداً عليه في ذلك (م ٣١٩/٢٥٣). ووضح أن في القواعد العامة غنى عن ذكر هذين الحكمين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨- ص ١٩).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٨٧ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري. وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩- فقرة ٤٥).

التقنين المدني الليبي م ٤٠٨ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٥١٧: ١- كل من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع. ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره. ٢- والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو للمس أو الشم أو السمع أو المذاق.

م ٥١٨: الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكفي رؤية النموذج فيها. فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه، كان المشتري مخيراً بين قبوله له بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع. ٢- فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطاً منه، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بالعلم أو مشتراً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له.

م ٥١٩: ١- إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة، فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة. ٢- وإذا كان المشتري رأى بعضها، فمضى رأى الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي.

م ٥٢٠: ١- إذا وصف شيء للأعشى وعرف وصفه ثم اشتراه، لا يكون مخيراً. ٢- ويسقط على كل حال خيار الأعشى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشبومات وذوق المذوقات.

م ٥٢١: الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصيل، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري.

م ٥٢٢: من رأى شيئاً بقصد الشراء، ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه، فلا خيار له إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه.

م ٥٢٣: ١- يسقط خيار الرؤية بموت المشتري، ويتصرفه في البيع قبل أن يراه، ويقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بعالته، ويوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية ويظهره على الصفة التي وصفت، ويتعيب المبيع أو هلاكه بعد القبض، ويصدر ما يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها، ويمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه. ٢- وللبيع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد البيع خلال هذه المدة. =

٦٢- القواعد العامة المتعلقة بعلم المشتري بالبيع: لو أن نص المادة ٤١٩ مدني ل يوجد، لوجب ألا تتطلب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع ذاتاً، ولكفى أن يكون المبيع معيناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالماً به (١). وهذه هي القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام، سبق بسطها في النظرية العامة للمحل. فإذا كان المبيع داراً مثلاً، ولم يرها المشتري، ولكنها عيّنت تعييناً كافياً بأن ذكر موقعها وحدودها، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن للمشتري سابق علمه بالدار.

فكان ينبغي إذن ألا تشترط رؤية المشتري للمبيع، ولا سابق علمه به، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التي تكفي لتعيينه. على أنه يجب ألا يكون المشتري واقعاً في غلط في صفة جوهرية في المبيع، وهذا الغلط لا يفترض، فعلى المشتري الذي يدعيه يقع عبء إثباته. ولكن الفقه الإسلامي، وبخاصة المذهب الحنفي، يثبت للمشتري الذي لم يره المبيع خياراً يسميه خيار الرؤية، يستطيع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما ظن. وقد أراد التقنين المدني الجديد، على غرار التقنين المدني السابق، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التي سبقت الإشارة إليها في تعيين المبيع وفي الغلط في صفة جوهرية فيه. فنستعرض في إيجاز خيار الرؤية في الفقه

=والتقنين العراقي أخذ بخيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي، ولكنه أقام مقام الرؤية وصف الشيء وصفاً يفي عن الرؤية. أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦٧- فقرة ٧٦- الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢١٥ ويميز بحق بين خيار الرؤية والغلط فيدافع بذلك عن وجود خيار الرؤية في القانون المدني العراقي على خلاف رأى الأستاذ حسن الذنون).
تقنين الموجبات والعقود اللبناني: لم يرد شيء خاص بخيار الرؤية، فتسرى القواعد العامة المتعلقة بوجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً.

(١) أ- متى كان الخصم تمسك أمام محكمة الموضوع بأنه تماقد مع مصلحة السكك الحديدية على شراء الفحم الرجوع المتخلف عن استعمال الفحم الإنجليزي وأن المصلحة إنما استعملت الأخشاب والكسب وأن المتخلف عهما يكون تراباً لا فحماً رجوعاً فاختلف بذلك محل التعاقد، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الدفاع الجوهري الذي قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فلم يعرض الحكم لهذا الدفاع فإنه يكون مشوباً بالقصور.

(جلسة ١٩٥٨/٢/٢٠ مجموعة أحكام التقض السنة ٩ ص ٢٢٣).

ب- متى استخلص الحكم نية المتعاقدين وما انعقد اتفاقهما عليه بما يتفق مع ما توحى به عبارات عقد البيع الابتدائي وتؤيده صيغة عقد البيع النهائي من أن البيع كان شاملاً للأرض المبيعة وما عليها من مبانٍ إذ وصف المبيع في العقد المذكور بأنه عبارة عن مخزن وصيدلية ودكاكين ومقهى ولوكاكة فإن ذلك يكون استخلاصاً سابقاً مما يدخل في سلطة المحكمة الموضوعية، ولا محل للمعى على الحكم بأنه أخطأ في تفسير العقد الابتدائي بمقولة أن البيع لم يشمل تلك المباني وأنه يحق للمائع المطالبة بثمن انقاضها.

(جلسة ١٩٥٨/١/٩ مجموعة أحكام التقض السنة ٩ ص ٦٢).

(جلسة ١٩٥٠/١/١٩ مجموعة أحكام التقض السنة ٤ ص ٣٤٥).

الإسلامي، في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب الأخرى، ثم تنتقل إلى أحكام التقنين المدني المصري التي أريد بها التوفيق بين أحكام خيار الرؤية وبين هذه القواعد العامة.

٦٣- خيار الرؤية في الفقه الحنفي: يثبت خيار الرؤية، في المذهب الحنفي، في عقد البيع، ويثبت للمشتري دون البائع. فمن اشترى عيناً معينة بالذات، ولم يكن قد رآها لا وقت البيع ولا قبل البيع^(١)، كان له الخيار إذا رآها، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو الخيار إذا رآه. أما البائع فلا خيار له، حتى لو لم يكن قد رأى العين التي باعها قبل بيعها. ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لا قبلها، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبائع، فإنه له بالرغم من ذلك أن يرد إذا رآه، لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به. واختلف في جواز الفسخ قبل الرؤية، والصحيح أنه يجوز.

والعقد حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشتري، فلهذا الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية، بل وقبلها كما سبق القول. أما البائع فقد قدمنا أنه لا خيار له، فالعقد يكون لازماً من جهته. وعدم لزوم العقد من جهة المشتري يقوم في أساسه على فكرة الغلط، إذ يفترض إن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها، بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته.

ويسقط خيار الرؤية: (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة. ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة^(٢). فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم، جاز للمشتري إمضاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه. والفسخ يثبت له منذ البداية، حتى قبل الرؤية على الرأي الصحيح كما قدمنا. والمختار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقف، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه. فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإمضاء أو في الرد، وما دام ساكناً فخياره قائم إلى أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء منتقضاً في حالة الرد. وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن المشتري من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره ولزم المبيع^(٣). (٢) بموت المشتري

(١) فإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار له. وإن كان قد تغير عن حاله، فله الخيار، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه (أنظر م ٥٢٢ مدني عراقي آنفاً فقرة ٦١ في الهامش).

(٢) أنظر في تفصيلات رؤية الشيء - وهي مأخوذة من المذهب الحنفي - المواد ٥١٨ - ٥٢١ من التقنين المدني العراقي، وقد سبق ذكرها (أنفاً فقرة ٦١ في الهامش).

(٣) وقد اختار التقنين المدني العراقي هذا القول، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٥٢٣ على أن يسقط خيار الرؤية.. بصدد ما يظل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها، ويمضي وقت =

قبل أن يختار، فيلزم البيع بموته. ولا ينتقل الخيار إلى ورثته، لأن خيار الرؤية لا يورث (٣) بهلاك بعض المبيع أو تعييه أو تغييره قبل أن يختار المشتري. (٤) يتصرف المشتري في المبيع. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية. فإن كان صادراً قبل رؤيته، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو كان لازماً يوجب حقاً للغير كإبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة، سقط خيار الرؤية. ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط. ويبقى الخيار ساقطاً حتى لو نقضت هذه التصرفات اللازمة، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب أو افكك الرهن أو انقضت مدة الإجارة. فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط، إذ الساقط لا يعود إلا بسبب جديد، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للمبيع أو وهب ولم يسلم أو كان المبيع داراً فبيعت دار بجنيها فأخذها بالشفعة، لم يسقط خيار الرؤية، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها، وكل ما تدل عليه هو الرضا، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط. بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن، تعذر فسخها أو لم يتعذر، فإنها تسقط خيار الرؤية. إذا أقل ما تدل عليه الرضا، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أو دلالة^(١).

٦٤- خيار الرؤية في المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي: والمذهب الحنفي وحده هو الذي يعرف خيار الرؤية على النحو الذي بسطناه، أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها في هذا الخيار عن أحكام المذهب الحنفي.

= كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يردده. وتضيف الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ ما يأتي: «وللبائع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع في خلال هذه المدة» (أنظر آنفاً فقرة ٦١ في الهامش).

(١) وقد جاءت هذه الأحكام نقلاً عن المذهب الحنفي في التقنين المدني العراقي، فصبت المادة ١/٥٢٣ من هذا التقنين على ما يأتي: «يسقط خيار الرؤية بموت المشتري، ويتصرفه في البيع قبل أن يراه، وباقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت، وبتميب الشيء أو هلاكه بعد القبض، وبصدور ما يظل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها، ويمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه» (أنظر آنفاً فقرة ٦١ في الهامش). ويلاحظ أن التقنين العراقي أضاف مسين في إسقاط خيار الرؤية: وصف الشيء وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت، وإقرار المشتري في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته. وسرى أن التقنين المصري هو أيضاً جعل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية: فوفق بذلك بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع.

وانظر في خيار الرؤية في المذهب الحنفي مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٨، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية في خيار الرؤية.

ففي مذهب مالك، إذا كانت العين المباعة حاضرة في مجلس العقد ولم يكن في رؤيته مشقة وجب أن يراها المشتري ليصح العقد. فإذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية، وإذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع. وهذا هو لحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد، بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة. أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كثوب يحشى أن يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن بعيدة جداً، فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ويفرد بذاتها. فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذاً وليس للمشتري خيار الرؤية، ولكن له خيار الوصف إن جاءت العين على غير ما وصفت. ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف بالبيع على البرنامج، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب، فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف، فإن وجدت لزم البيع، وإلا كان للمشتري خيار الوصف. ويغني عن الوصف رؤية متقدمة، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية. فإذا لم تسبق للمشتري رؤية العين، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً، لم يجز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع. أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط البائع على المشتري ألا يكون له الخيار أو سكت العقدان عن شرط الخيار، فالبيع باطل. ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف، أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت، ما دامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط.

وفي مذهب الشافعي، في قوله القديم، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشتري خيار الرؤية. ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه: أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات، والثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة، والثالث أن صحة البيع لا تقتصر إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها. وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع، فإن كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه. وهذا القول القديم في مذهب الشافعي يقارب المذهب الحنفي في خيار الرؤية، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع. وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة، وسواء لم يسبق للمشتري رؤيتها أو سبق، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع إلا في المبيع المرئي وقت العقد. ومن ثم لا يكون للمشتري خيار الرؤية، فهو قد رأى العين وقت العقد ورضى شراءها، بل إن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قدمنا (١).

(١) والشافعي، في اشتراطه في قوله الجديد رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع، يضيّق كثيراً في مجال التعامل. وهو يحتج لقوله هذا بنهي النبي عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره =

والظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها. فيجب، حتى يصح العقد، إما الرؤية من المشتري والبائع جميعاً، وإما سبق الرؤية بزمان لا تتغير العين فيه، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي لصحة السلم. فإن وقع البيع على هذا النحو كان صحيحاً لازماً، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه. لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف، كان للمشتري خيار الحلف في الوصف. وإذا كانت العين حاضرة في مجلس العقد، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع، وهذا ما لم يوصف المبيع. ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد، إذ البيع لا يصح إلا برؤية المبيع أو بوصفه، فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية (١).

ويستخلص مما قدمناه في المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع يغني عن رؤيته، فالبيع على الوصف جائز، وليس للمشتري عند ذاك خيار الرؤية وإنما له خيار الحلف في الوصف. وهذا الذي استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكمل به التقنين المدني المصري أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفي، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية، بل جعل إقرار المشتري أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى.

٦٥- خيار الرؤية في التقنين المدني المصري: وقد نقل التقنين المدني الجديد، على غرار التقنين المدني السابق، خيار الرؤية على الفقه الإسلامي، مع بعض التعديلات تظهر مما يأتي (٢).

=المشتري، ونهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس بحاضر مرئي للمشتري. ويذهب إلى أن المقصود في المبيع هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوماً إلا بالرؤية، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية. ويقول إن البيع بيع دين وبيع عين. والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف، وإذا تراخى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع. أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية، وإذا تراخى الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف: ٢٦٤).

(١) وهناك رواية ثانية في مذهب أحمد، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها، ويكون للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية، بل إن البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع. وفي رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز، وإن البيع على رؤية سابقة لا يجوز، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد. وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجديد.

وانظر في خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٤ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٧، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية.

(٢) وفي القانون الفرنسي بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بحق العدول *vente en disponible*، وهو بيع بضائع في مخازن البائع لم يرها المشتري، وله الحق في قبولها أو رفضها عند رؤيتها (انظر في هذا البيع بودري وسينيا فقرة ١٨٢ رابعا).

فقد أوجب - في المادة ٤١٩ مدني وقد تقدم ذكرها - أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً. والعلم بالمبيع شيء غير تعيين المبيع، فقد يكون المبيع معيناً كل التعيين ولكن المشتري لا يعلمه. والأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتاً، ولكن التقنين المدني لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين.

أولاً: أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه. وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع، إذ يكفي في تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه. فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها، كانت العين المبيعة معينة تعييناً كافياً، ولكن المشتري قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها. فلا يكفي إذن، لصحة البيع، أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية (١). وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة، بخلاف المذهب الحنفي، تستغنى من الرؤية بالوصف.

ثانياً: إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع. فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذي قدمناه، ولكن المشتري يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع أو سبقت له رؤيته، فيكون إقراره هذا حجة عليه. ولا يستطيع بعد ذلك أن يطعن في البيع بالإبطال بدعوى عدم علمه بالمبيع، إلا إذا أثبت أن البائع قد دلس عليه، بأن أراه مثلاً عيناً أخرى وأوهمه أنها العين المبيعة، ففي هذه الحالة له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط (٢).

ونرى من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدني المصري قد آل في النهاية إلى وجوب وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن المشتري من

(١) استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ٢/١٢٢ ص ٤٨٦ - استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٩٤٣ ص ٥٥.

(٢) استئناف وطني ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ١٨٥ - استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ ص ٢٧٥ - ونقول الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدني: «إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في طلب إبطال المبيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع». ولما كان الإقرار بالعلم بالمبيع هو حجة على المشتري، كما قدمنا، فهو دليل على أن المشتري لم يقع في عطف في شأن وفاء المبيع بالمرص المقصود منه، ومن ثم يكون البيع صحيحاً. ويكون من غير الدقيق أن يقول البصر في هذا الصدد إن المشتري «يسقط» حقه في طلب إبطال البيع، فالمشتري لا يستطيع الطعن في البيع، لا لأن حقه في طلب إبطال البيع قد سقط، بل لأن البيع صحيح وببست هناك دعوى إبطال أصلاً حتى يقال إنها قد سقطت (أنظر في هذا المعنى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ ص ٧١ الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري ص ٧١ هامش رقم ٣).

تعرفه. فإذا لم يوصف على هذا النحو، وجب على الأقل أن يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع.

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في القرض النادر الآتي: تكون العين المبيعة معينة تعييناً نافياً للجهاالة الفاحشة، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن من تعرفها، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، ولم يكن قد سبقت له رؤيتها. ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار الرؤية، على نحو لاءم فيه التقنين المدني بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ العامة للقانون المدني (١). فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط، وافترض أن المشتري في الحالة التي نحن بصددتها، إذا رأى المبيع فلم يجده وافياً بالغرض المقصود، قد وقع في غلط جوهرى في شأن المبيع. فهو لم يره ولم يوصف له، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يقى بالغرض المقصود. فلما راه وجده غير واف بهذا الغرض، فيكون قد وقع في غلط جوهرى كما قدمنا، وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط (٢). وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشتري من إثباته، فهو غلط مفترض، وكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله، بل يطلب منه أن يحلف اليمين. فما دام أنه لم ير المبيع من قبل، ولو يوصف له الوصف اللازم، ولم يقر أنه عالم به، فالمفروض قانوناً أنه إذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك إلا نتيجة لوقوعه في غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود (٣).

(١) فإذا ثبت، رغم عدم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم إقرار المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع، أن المشتري لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه، لم يكن له حق الطعن في البيع. وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي اشتراه، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه، وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أورده في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها، فلا يجوز بعد ذلك إثارة الأمر أمام محكمة النقض لتعلقه بموضوع الدعوى (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ ص ٢٥٩).

(٢) والذي يقطع في أن التقنين المدني قد خرج خيار الرؤية على نظرية الغلط أن المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ٤١٩ كانت تجرى على الوجه الآتي: «إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع». وفي لجنة المراجعة حدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال (أنظر تاريخ نص المادة ٤١٩ أنفاً فقرة ٦١ في الهامش). ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع - أي عدم الرؤية - هو إبطال البيع، ولا يكون الإبطال في هذه الحالة إلا للغلط.

وأنظر في أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ١٩، وقد سبق ذكرها آنفاً (فقرة ٦١ في الهامش).

(٣) وإذا فرضنا أن المشتري قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذي بيناه، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به في الفقه الإسلامي ما دام أنه مأخوذ؟ نرى الأخذ بهذا الرأي، فيسقط خيار الرؤية في التقنين المدني المصري بما يأتي: (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة. فإذا رأى المشتري العين وسكت بحيث يفهم من سكوته رضاه بالمبيع، فقد سقط خياره. أما إذا أعلن -

هذا هو القدر الذي أخذ به التقنين المدني في خيار الرؤية. وغنى عن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر، وادعى المشتري بعد رؤية المبيع أنه وقع في غلط جوهرى من حيث وفاته بالغرض المقصود، لكان عليه عبء إثبات هذا الغلط. فتحور الغلط من غلط واجب الإثبات إلى غرض مفترض هو الأثر الذي ترتب على أخذ التقنين المدني بخيار الرؤية (١).

المبحث الثالث

بعض البيوع الموصوفة

٦٦- يدخل على البيع ما يدخل على سائر العقود من أوصاف: والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة، فيكون معلقاً على شرط أو مقترباً بأجل، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعاً مع خيار التعيين أو بيعاً ينطوي على التزام بدلى كالبيع بالعربون. والقواعد العامة التي سبق أن بسطناها في أوصاف الالتزام من شرط (٢).

المبيع لا ينفى بالغرض المقصود، فإن له أن يضمن في البيع بالإبطال للغلط، ولا تسقط الدعوى إلا بمضى ثلاث سنين من وقت رؤيته للعين، كما هو الأمر في دعاوى الإبطال، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عند رؤيته دون تأخر، وإلا عد راضياً به وسقط خياره. (٢) يحوت المشتري قبل أن يختار، لأن خيار الرؤية لا يورث. (٣) بهلاك المبيع أو تعييه أو تغييره قبل أن يختار المشتري. (٤) يتصرف المشتري في المبيع قبل رؤيته تصرفاً يثبت حقاً للغير على العين المبيعة، كما إذا باعها أو رهنها. أما تصرفه في المبيع بعد رؤيته فهذا يستخلص منه رضاه ضمنى بالمبيع، ومن ثم يسقط خياره. وفي هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشتري عن خياره وبين رضائه بالمبيع، ففي الحالتين لا يكون له خياره، ولكنه في الحالة الأولى يكون قد ثبت له الخيار ونزل عنه، أى أنه تبين أنه كان واقعاً في غلط في شأن المبيع ومع ذلك نزل عن دعوى الإبطال وأجاز البيع. أما في الحالة الثانية فإنه برضائه بالمبيع يكون قد أقر أنه لم يقع في غلط أصلاً، بل إن البيع قد نشأ صحيحاً منذ البداية.

أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ وفقرة ٥٧- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١- الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٢- ٤٣- وقارب الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٨٠- فقرة ٨١- وقارب الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٥- الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى هاشم ص ٧٨- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤- فقرة ١١٥- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨- فقرة ٧٩- الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩.

(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين: أولاً- أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة. بالغرض المقصود منها. ثانياً- أنه غلط يفترضه القانون ويعفى المشتري من إثباته، فيصدق المشتري بقوله دون يمين.

(٢) ونشير هنا في إيجاز إلى أن أثر تعليق البيع على الشرط في نقل الملكية. فإذا كان الشرط واقعاً، فإن الملكية البتة لا تنتقل إلى المشتري بل تنتقل إليه ملكية معلقة على شرط واقف، ويبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ. وترتب على ذلك النتائج الآتية: (أ) يمكن تسجيل البيع في العقار قبل تحقق الشرط الواقف، بل إن التسجيل يبدو ضرورياً في حق الغير، فإن المشتري إذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يحتج بالمبيع على أى شخص يكون قد كسب حقاً عينياً على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط. (ب) ويجب في هذه الحالة دفع رسوم التسجيل، فإذا لم =

وأجل (١) ومن التزام تخييرى (٢) والالتزام بدلى (٣)، وكذلك في البيع بالعربون (٤)، هي التي تنطبق، فلا نعود إليها هنا (٥).

= يتحقق الشرط وزال البيع بأثر رجعى، ردت هذه الرسوم إلى المشتري. وإذا لم يسجل المشتري البيع إلا بعد تحقق الشرط، فإن رسوم التسجيل الواجبة في هذه الحالة هي الرسوم التي كانت نافذة وقت البيع، لأن الملكية انتقلت إلى المشتري بأثر رجعى يستند إلى هذا الوقت، لا الرسوم التي تكون نافذة وقت التسجيل يفرض أن هناك تعديلات أخرى في رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها. (ج) يثبت للبائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن، وهو حق معلق على شرط واقف، يجوز للبائع النزول عنه للغير خاضعاً لهذا الشرط. (د) ولكن تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع، بتحقيق الشرط بعد ذلك أو تخلف، إذ لا يكون للشرط في هذه الحالة أثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى) - وأما إذا كان الشرط فاسخاً، فالذى ينتقل إلى المشتري هو ملكية معلقة على شرط فاسخ، ويبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف. وترتب على ذلك النتائج الآتية: (أ) يجب على المشتري تسجيل البيع في العقار حتى تنتقل إليه الملكية المعلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع. (ب) رسوم التسجيل واجبة الدفع هي الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل وإذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع بأثر رجعى، لم ترد رسوم التسجيل إلى المشتري، وهذا خلاف ما يقتضيه الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ. ولكن البائع لا يدفع رسوماً جديدة عندما يسترد الملكية بسبب تحقق الشرط الفاسخ، ويقتصر على التأشير على هامش التسجيل السابق بتحقيق الشرط. وإذا لم يسجل المشتري البيع ثم أصبح واضحاً أن الشرط الفاسخ قد تخلف، فأصبحت ملكية المشتري ملكية باتة، وسجل المشتري البيع عند ذلك، فإنه يعتبر مالكا من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط، فيدفع رسوم التسجيل التي كانت نافذة وقت البيع لا تلك التي تكون نافذة وقت التسجيل. (ج) يثبت للبائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن، وهو حق معلق على شرط فاسخ، يجوز للبائع النزول عنه خاضعاً لهذا الشرط. (د) تبعة هلاك المبيع بعد تسليمه، إذ هلك المبيع أثناء تعليق الشرط، تكون على المشتري ولو تحقق الشرط الفاسخ، إذ لا يكون لتحققه أثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى).

انظر في تعليق البيع على شرط واقف استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٨ وفي خيار الشرط للبائع (pactum additionis in diem) وخيار الشرط لكل من المتبايعين (pactum displicentiae)، فإذا لم يعدل من له الخيار عن البيع في الميعاد المتفق عليه أصبح البيع بائناً، استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥١ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٢ ص ٤٤.

(١) اقتران البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية، إذ الملكية لا تقترب بأجل. والذي يؤجل في البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشتري ودفع الثمن إلى البائع. وقد يشترط دفع الثمن على أقساط سنوية يشتمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سنوياً وأرباح هذا الجزء مع أرباح المبالغ الباقية من الثمن، فيعتبر كل قسط جزءاً من الثمن فلا يسقط بخمس سنوات بل بخمس عشرة سنة ولو أنه يشمل في جزء منه القوائد المستحقة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٥٢٩).

(٢) فيقع البيع على أشياء متعددة، يكون خيار التعيين فيها إما للمشتري وإما للبائع.

(٣) فيقع البيع على شئ معين، ولكن يجوز للبائع أن يستبدل به شيئاً آخر فبئراً ذمته.

(٤) أنظر في البيع بالعربون أنفاً فقرة ٤٤ - فقرة ٤٦.

(٥) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيراً في التأمل التجارى، منها: (أ) البيع بالغليارة (vente par filière)، وهو بيع ينتهى إلى دفع الفروق (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٠٦) =

ولأنما نقف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل. فنسب ما يميزها من خصائص، ونختار البيوع الآتية: (١) البيع بشرط التجربة (vente à la dégustation) (٢) البيوع بشرط المذاق (vente à l'essai) (٣) بيع الوفاء (vente à réméré) (٤) البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الإيجار السائر للبيع (location-vente) (٥) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec faculté d'élire commande).

١- البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

٦٧- النصوص القانونية: نص المادة ٤٢١ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة. فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإن انقضت هذه وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوتة قبولا.

٢- ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ^(١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٨/٢٤٢ (٢).

= (ب) بيع المحمول في سفينة معينة (vente sur navire désigné)، وتعين في السفينة التي تحمل المبيع، فإذا لم يأت في السفينة المعينة كان لابد من إخبار البائع بإمكان فسخ البيع (استئناف مخطط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦)، وأنظر أيضاً في هذا الضرب من البيع: استئناف مخطط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - (ج) البيع بشرط سلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire)، (أنظر بودري وسينيا ١٩٣ - ص ١٩٤) - (د) البيع بشمن شامل لمصروفات النقل والتأمين (la clause coût, Frêt assurance compris - Caf., Cif.) وسنعود إليه فيما يلي (أنظر فقرة ٢٤٨).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٦١ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظي طفيف أصبح بعده مطابقاً، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥ - ص ٢٧).

(٢) التقنين المدني السابق ٣٠٨/٢٤٢: البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً على تمام الشرط.

ولا فرق في الأحكام بين التقنينين السابق والجديد، إلا أن نص التقنين السابق جاء مقتضياً واقتصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف. أما التقنين الجديد فاعتبر أن هذا =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٤ بند ٣ والمادة ٣٩١ (١).

ويخلص من النص أن البيع قد يعلق على شرط التجربة، فنبحث في هذا الصدد المسائل الآتية: (١) كيف يعلق البيع على شرط التجربة، (٢) كيف تكون التجربة والوقت الذي تتم فيه، (٣) التجربة كشرط واقف، (٤) التجربة كشرط فاسخ.

٦٨- كيف يعلق البيع على شرط التجربة: يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلب، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافياً للاستيثاق من ذلك.

وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحاً. ولكنه قد يكون ضمناً، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل. ف شراء ملابس ينطوي عادة على شرط ضمني أن المشتري قد اشتراها بشرط تجربتها، حتى إذا كانت لا تناسبه نقض البيع^(٢). وشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها، تفترض فيه التجربة شرطاً ضمناً. وإذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها، فالغالب أن يشترط أن يكن البيع بشرط التجربة، وكثيراً ما يكون هذا الشرط مفهوماً ضمناً من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة. وقد يستقر

= هو الأصل، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ. ثم يبين التقنين الجديد كيف تتم التجربة، والمدة التي تتم فيها، وما هو حكم سكوت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع، وهذه كلها مسائل لا تحلو من أهمية عملية: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥ - ٢٦.

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٦ - فقرة ٦٢).

التقنين المدني الليبي ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي ٥٢٤ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨١ - فقرة ٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٧ - فقرة ٢٢٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني ٣٧٤ بند ٣. يكون البيع ١. إما ٣. وإما على شرط التجربة.

٣٩١ م: إن البيع على شرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقداً على شرط التعليق. (ولا فرق بين التقنين اللبناني والتقنين المصري، غير أن التقنين اللبناني لما جعل بيع التجربة منعقداً على شرط التعليق لم يبين هل الأصل في هذا الشرط أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً، أما التقنين المصري فقد بين كما رأينا أن الأصل في شرط التجربة أن يكون شرطاً واقفاً).

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٦٤ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٨.

العرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقاً على شرط التجربة، فيفهم الشرط ضمناً عن طريق العرف.

وبرى من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والتركيبات الكيماوية والأسمدة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والراديوهات والآلات المنزلية وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك. وكل هذه الأشياء منقول، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة على عقار فيشترط المشتري لمنزل يريد سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة.

٦٩- كيف تكون التجربة والوقت الذي تتم فيه: إذا كان البيع بشرط التجربة، وجب أن يمكن البائع المشتري من تجربة المبيع، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه^(١). وليس من الضروري أن تكون التجربة بحضور من البائع، فيجوز أن يجرب المشتري المبيع للاستيثاق من صلاحيته بعيداً عن البائع.

والتجربة يقصد بها أحد أمرين:

١- إما لتبين أن المبيع صالح للفرض المقصود منه، كأن يكون آلة ميكانيكية للحث أو للدراسة، فيجربها المشتري ومتى تبين أنها تصلح للحث أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح. فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه، فمتى وجد المبيع صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه، وإذا وقع خلاف حسمه الخبراء. وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب الخفية إذ المبيع غير الصالح يكون منطوياً عادة على عيب خفي يجعله غير صالح.

٢- وإما للاستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية، فإذا اشترى ملابس أو فرساً أو منزلاً للسكنى بشرط التجربة، فالعبرة ليست بصلاحية المبيع في ذاته بل بملاءمته للمشتري. فقد تكون الملابس أو الفرس أو المنزل صالحة في ذاتها، ولكن المشتري لم ترقه الملابس أو لم يجد في الفرس صفات خاصة كان يتطلبها أو لم يرح للسكرى في المنزل، فله عند ذلك أن يرفض المبيع، والقول في ذلك قوله هو لا قول الخبراء. وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا الأمر الثاني إذ تقول: «ولم يقتصر المشروع على إدخال هذا التعديل، بل بين كيف تتم التجربة، فقرر إلزام البائع

(١) وللمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته، حتى لو حجز عليه دائن البائع، وحتى لو أفلس البائع بعد البيع وقبل التسليم ولو كان بيع التجربة معلقاً على شرط واقف، فإنه يتحقق الشرط ورضاء المشتري بالمبيع بعد تجربته يعتبر مالكا إياه من وقت البيع أى من وقت سابق على الحجر والإفلاس، ومن باب أولى لو كان بيع التجربة معلقاً على شرط ماسخ (بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢١١ ص ٢٤٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٧).

بتمكن المشتري من تجربة المبيع، وللمشتري حرية القبول أو الرفض، فهو وحده الذي يتحكم فيه نتيجة التجربة. وقد جرى المشروع في ذلك التقنين الألماني (م ٤٩٥) والتقنين النمساوي (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسري (م ٢٢٣) والتقنين البولوني (م ٣٣٩)، فإن المقروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية، فهو وحده الذي يستطيع أن يقرر ذلك^(١). وغنى عن البيان أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية إنما يفرض الأمر الثاني ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين، ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول، أى أن يكون الشيء صالحاً في ذاته للأغراض المقصودة منه، ومتى وقع خلاف بين الطرفين في ذلك حسمه الخلاف أهل الخبرة^(٢). فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين، فإن قصدا من التجربة صلاحية الشيء في ذاته كان للخبراء القول الحاسم، وإن قصدا منها مناسبة الشيء لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير. وإذا وقع شك في قصدهما، فالمفروض - نظراً لعبارة النص ولما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشتري، فيكون للمشتري القول الحاسم في صلاحية المبيع.

والتجربة - سواء كان القصد منها تبين الصلاحية في ذاتها أو المناسبة لحاجة المشتري الشخصية - يجربها المشتري بنفسه في العادة، لا سيما إذا كان القصد منها الاستيثاق من مناسبة المبيع لحاجته. ولكن قد يستعين فيها برأى صديق أو رأى خبير، كما في الصور والتابلوهات والآلات الميكانيكية^(٣). وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يعلن فيه المشتري نتيجة التجربة^(٤). فإذا لم يحددا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦.

(٢) أنظر في أن التجربة يقصد منها ذلك غالباً بودرى وسينيا فقرة ١٦٥ - وأنظر لوران ٢٤ فقرة ١٤٨ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣. وأنظر في الفقه المصري: الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ ص ٥٢ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣١ ص ٥١ - الأستاذ عبد المصم البدراني فقرة ١١٢ ص ١٦٧ وهامش رقم ٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ٨٥ - ص ٨٦. الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٠ (في الفقه العراقي) وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢ ص ٥٧ - ص ٥٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٥ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٢٦ ص ٥٩ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٢ (في الفقه السوري) الأستاذ حسن الدنون فقرة ٨٢ (في الفقه العراقي).

(٣) وإذا مات المشتري قبل التجربة، انتقل حقه إلى ورثته (تسييه فقرة ١٧١ - ترولون ١ فقرة ١١٢ - جيوار ١ فقرة ٤٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧).

(٤) فإذا لم يتمكن المشتري من تجربة المبيع في المدة المحددة لسبب أجبي لا يد له فيه، فالظاهر أن يكون البائع بالخيار، إما أن يمهل المشتري مدة أخرى لتجربة المبيع. وإما أن يفسخ البيع فيتحلل من التزاماته. وللمشتري أن يمنع البائع من الفسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته (أنظر في هذا المعنى في القانون السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٠ ص ٩٣).

وقتاً لذلك، جاز للبائع أن يقوم هو بتحديد مدة معقولة، وللقبضاء حق الرقابة عليه في ذلك^(١).

فإن قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة، اعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض بيعاً تاماً أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض^(٢). أما إذا انقضت المدة، وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع^(٣)، فإن سكوته يعد قبولاً. ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع، وقد جعله المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نتيجتها مستحيلاً، فيعتبر الشرط إذا كان واقعاً أنه تحقق، وإذا كان فاسخاً أنه تحلف، طبقاً للقواعد المقررة في الشرط^(٤).

٧٠- التجربة شرط واقف: بقي أن نبين هل شرط التجربة الذي علق عليه البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ. تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ مدني، كما رأينا، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر «معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ». فالأصل إذن أن يكون شرط التجربة شرطاً واقعاً، وإذا لم يبين المتعاقدان صراحة أو ضمناً أنهما أرادا شرطاً فاسخاً، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطاً واقعاً.

ويكون المشتري بشرط التجربة في هذه الحالة مالكاً تحت شرط واقف^(٥)، ويبقى البائع مالكاً للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة إليه. والشرط الذي يعتبر واقعاً بالنسبة إلى المشتري وفاسخاً بالنسبة إلى البائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته، بإعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول الذي حدده

(١) وإذا سكت المشتري وقتاً طويلاً دون أن يعلن نتيجة التجربة، فالمفروض أن بقاءه ساكناً هذه المدة الطويلة يتضمن قبوله المبيع (استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٤ - ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٣٩).

(٢) وقد يتفق المتبايعان على أنه في حالة رفض المشتري للشيء بعد تجربته يجب عليه شراء شيء آخر من نفس البائع، فإن أمكن تخيير هذا الاتفاق على أنه وعد بالشراء من جانب المشتري - بأن ذكر ثمن الشيء الآخر على وجه التحديد أو قيل مثلاً إن ثمن الشيء الآخر يعدل ثمن الشيء المرفوض - التزم المشتري بالشراء. أما إذا لم يذكر الثمن، لم يقد الرعد بالشراء، ولم يلتزم المشتري عند رفضه المبيع أن يشتري شيئاً آخر مكانه (بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ ص ٢٥٠).

(٣) وقد بينا الحكم فيما إذا لم يتمكن المشتري من التجربة لسبب أجنبي لا يد له فيه (أنظر نفس الفقرة في الهامش).

(٤) جيور ٢ فقرة ٤٥ - بودري وسينيا فقرة ١٦٩ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦.

(٥) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن بقاء الشيء تحت يد المشتري على شرط التجربة يعتبر على سبيل الوديعة، فإذا تصرف فيه بعد خائناً للأمانة، وذلك لأنه ثبت لها أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشتري المبيع (نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ لمحكمة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩).

البائع على التفصيل الذي قدمناه. فالشرط يتحقق بقبول المبيع^(١). ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية بآثر رجعي، فاستندت إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب. وزالت ملكية البائع بآثر رجعي أيضاً، فاستند زوالها إلى وقت البيع. ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة، وتبقى تلك التي ترتبت من جهة المشتري. ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع، وإعلانه هذا الرفض للبائع في الميعاد. ومتى تحلف الشرط، زال البيع بآثر رجعي واعتبر كأن لم يكن. وزالت مع البيع بآثر رجعي ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف، وأصبحت ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بآثر رجعي من البداية. وتبقى الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة، وتزول تلك التي ترتبت من جهة المشتري. أما إذا سكت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع، فقد رأينا أنه بسكوته هذا جعل تحقق الشرط مستحيلاً، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع، وتجري الأحكام التي قدمناها في حالة تحقق الشرط. وتقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدني في هذا المعنى، كما رأينا، أنه «إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته قبولاً».

وإذا اعتبرنا التجربة شرطاً واقعاً، كما هو الأصل، وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط، هلك على البائع. ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ، ولأن الشرط إذا تحقق - ويتعذر أن يتحقق في هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم يكن لتحققه أثر رجعي، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري، فيهلك على البائع^(٢).

(١) ولا يقال إنه شرط إرادى متوقف على إرادة المشتري، إذ المشتري، هو الدائن بنقل الملكية ويجوز أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة الدائن، أما الشرط الإرادى المحض الذي يبطل العقد فهو الذي يتوقف على إرادة المدين. أما التزام المشتري بدفع الثمن، فإنه إذا ألغاه بإرادته المحضة ألغى في مقابل ذلك حقه في انتقال الملكية إليه. هذا إلى أنه لو كان المقصود من التجربة تبين صلاحية الشيء في ذاته، لم يكن الأمر موكولاً إلى محض إرادة المشتري، بل القول الحاسم عند النزاع للخبراء (أنظر الأستاذ محمد كامل عرسي فقرة ٨٤ ص ١٥٧).

(٢) ولا يمنع من صحة هذا الحكم أن المشتري قد تسلم المبيع لتجربته وأن هلاك المبيع يكون على المشتري بعد التسليم، فإن ذلك إنما يكون في البيع المحرز، أما والبيع معنق على شرط واقف فالهلاك يكون على البائع (الوسيط جزء ٣ ص ٧٣ هامش رقم ١ - الأستاذ عبد الحي حجازي ١ ص ١٨٠ - وقارن الأستاذ مصطفى الزرقا في عقد البيع في القانون المدني السوري ص ٩٠ - ص ٩٢).

أما في القانون المدني العراقي، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، فإن يد المشتري في بيع التجربة هي يد ضمان، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقعاً وهلك المبيع قبل أن يتحقق الشرط (انظر في هذا المعنى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٤). ويؤيد ذلك أن هلاك القبيوض على سوم الشراء في القانون العراقي يكون على القابض، وليس المشتري بشرط التجربة بأدنى حالاً في أن تكون تبعة الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء، بل إن المشتري بشرط التجربة، وقد انعقد البيع وانتقلت الملكية معلقة على شرط واقف، أولى بتحمل تبعة الهلاك من القابض على -

٧١- التجربة شرط فاسخ: على أنه يجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن تكون التجربة شرطاً فاسحاً. ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً، أو ضمناً يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد. فعند ذلك ينفذ البيع منذ البداية، ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، بينما يصبح البائع مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف. والشرط هنا يصبح عدم قبول المشتري للمبيع وإعلان البائع لهذا الرضا، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة إلى المشتري، وهو في الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة إلى البائع. فإذا تحقق الشرط، بأن أعلن المشتري البائع رفضه للمبيع، انفسخ البيع بأثر رجعي، واعتبر المشتري كأن لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية، وتزول الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة البائع. أما إذا تخلف الشرط - أو صار في حكم المتخلف بأن سكت المشتري عن القبول أو الرضا - فإن البيع يصبح بائناً، ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية بائنة منذ البداية، وتزول ملكية البائع بأثر رجعي. وتبقى الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع، بينما تزول الحقوق التي ترتبت من جهة البائع^(١).

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي، هلك على المشتري لا على البائع، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشتري، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحقيقه أثر رجعي (م ٢/٢٧٠ مدني).

٢- البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation- vente ad gustum)

٧٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٢ من التقنين المدني على ما يأتي:

«سوم الشراء ولم يتعقد له بيع ولم تنتقل إليه ملكية. وقد ورد نص صريح في التقنين المدني العراقي يجعل تبعه الهلاك على القايض على سوم الشراء، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من هذا التقنين على أن «ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القايض، لزمه الضمان. أما إذا لم يسم له ثمن، كان أمانة في يده، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه».

(١) وإذا كانت التجربة شرطاً فاسحاً، فإن البيع بشرط التجربة يكون قريباً من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة. وقد نصت المادة ٤٥٥ مدني في صدد هذه الصورة الأخيرة على ما يأتي: «إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان - كل هذا ما لم يتفق على غيره». وفي هذه الصورة الأخيرة تقتصر تجربة المبيع على التثبت من صلاحيته للعمل مدة معينة، فإذا ظهر المبيع غير صالح للعمل - والحكم في ذلك للخبراء - كان على المشتري أن يخطر البائع بما في المبيع من خلل في مدة شهر من ظهور الخلل وأن يرفع دعوى ضمان في مدة ستة شهور من هذا الإخطار. فيختلف هذا البيع إذن عن بيع التجربة، إذ هو لا ينطوي على شرط فاسخ إذا تحقق انفسخ البيع من تلقاء نفسه، بل لابد من مسح البيع بالتقاضى أو بالتراضى. وسعود إلى هذا البيع عند الكلام في ضمان الميوب الخفية (أنظر ما يلي فقرة ٣٨٠).

«إذا بيع الشيء بشرط المذاق، كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا يتعقد البيع إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا الإعلان»^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص^(٢).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١١ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٢٥ - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٤ بند ٤ والمادة ٣٩٢^(٣).

٧٣- كيف يعلق البيع على شرط المذاق: يكن ذلك عادة بأن يشترط المشتري على

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٦٢ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً للتقنين الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧ - ص ٢٩).

(٢) اختلف الفقه المصري، في عهد التقنين السابق، في بيع المذاق لانعدام النص. فذهب فريق إلى أن للمشتري حق المذاق في كل الأشياء التي اعتاد الناس مذاقها قبل شرائها، وفقاً للعرف وتطبيقاً للمادة ٣١١/٢٤٥ مدني سابق (جرائم ١٩٥). وذهب فريق ثان إلى أن بيع المذاق اندمج حكمه في أحكام العلم بالمبيع، لأن العلم بالمبيع علماً كافياً قد لا يتحقق إلا بالمذاق (الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٧). وذهب فريق ثالث إلى أن بيع المذاق اندمج في بيع التجربة المنصوص عليه في التقنين السابق (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٥٢٧). والرايان الأخيران لا يمكن الأخذ بهما، لأن عدم العلم بالمبيع لا يمنع من انعقاد البيع أما شرط المذاق فيحول دون انعقاده، ولأن بيع التجربة ينعقد معلقاً على شرط وبيع المذاق لا ينعقد قبل المذاق. والرايان الأول هو الرايان الذي اختاره التقنين المدني الجديد، وقته في المادة ٤٢٢ سالف الذكر، فتعتبر هذه المادة مفسرة لأحكام التقنين المدني السابق ويسرى حكمها حتى على العقود التي أبرمت قبل نفاذ التقنين المدني الجديد (أنظر في هذا المبنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ - ص ٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٨).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٣٩٠ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣ - فقرة ٦٥).

التقنين المدني الليبي م ٤١١ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٢٥ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدني المصري).

(أنظر في القانون العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ - فقرة ٢٢٧ - والأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٩ - فقرة ٩٤ ويرى أن خيار الرؤية كان يعنى عن بيع المذاق).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٤ بند ٤: يكون البيع: (١) ... (٤) وأما على شرط المذاق.

م ٣٩٢: إن البيع على شرط المذاق لا يعد تاماً ما دام المشتري لم يقبل المبيع - (وأحكام التقنين اللبناني متفقة مع أحكام التقنين المصري).

البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وقبله. وهذا الشرط قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملازمات. ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع، فمن المبيعات ما لا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والنبيد ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس. فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادا استبعاد شرط المذاق، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع.

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات التي تقدمت الإشارة إليها، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملازمات. فإذا كان المشتري تاجراً يتجر في مثل هذه الأشياء، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجاري المألوف، وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة، وقد اشترط الصنف الذي يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بارسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم. وكذلك إذا تم البيع على موجب عينة، فالمفروض أن المشتري البعيد قبل أن تتم. وكذلك إذا تم البيع على موجب عينة، فالمفروض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها، وأن المبيع الذي يجي وفق العينة يكون البيع باتاً فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء^(١).

٧٤- كيف يتم المذاق - الزمان والمكان اللذان يتم فيهما: يتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان. فإن لم يكن هناك اتفاق، لا صريح ولا ضمني، على الزمان والمكان، اتبع عرف الجهة. فإن لم يكن عرف، فالمذاق يتقدم تسلم المشتري المبيع من البائع، فيتم في المكان الذي يكون فيه التسليم، ويسبق التسليم فوراً، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاء به وقبولاً له بعد مذاقه.

والذي يذوق المبيع هو المشتري شخصياً^(٢)، وله الحرية الكاملة في قبول المبيع أو رفضه حسب ذوقه^(٣). فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة في أن التجربة قد

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٢ - بودري وسينيا فقرة ١٦٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٥٢٦.

(٢) وقد يستأثر بذوق أحسى وهذا نادر (بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٤).

(٣) وإذا رفض المشتري المبيع، لم يستطع البائع إجماره على اختيار صنف، كما لا يستطيع هو إجمار البائع على أن يسلمه صنفاً آخر يلائم ذوقه الشخصي. أما إذا كان المشتري قد نزل عن شرط المذاق، ورضى أن يكون الشيء من الصنف المألوف في التجارة أو من صنف معين، فإن البيع يكون قد تم =

تكون لتبين صلاحية الشيء في ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشيء لحاجة المشتري: أما المذاق فيتمحض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لدوق المشتري. وحتى لو كان المشتري تاجراً واشترط مذاق المبيع، فالعبرة بذوقه الشخصي، وهو الذي يقرر - لا الخبراء - صنف يلائم عملاءه^(١). وغنى عن البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشتري من مد المبيع^(٢).

ولا بد من أن المشتري يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وسكوته لا يكفي، وهذا فرق آ بين بيع المذاق وبيع التجربة^(٣). ولكن قبول المبيع قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً ويستخلص القبول ضمناً، كما قدمنا، من تسلم المبيع، أو من وضع المشتري ختمه علامة خاصة على المبيع، فهذا وذاك دليل على أنه ارتضى المبيع بعد أن ذاقه^(٤).

٧٥- التكييف القانوني للمبيع بالمذاق: والبيع بالمذاق ليس بيعاً معلقاً على شرط فاسد بل ولا على شرط واقف، وفي هذا يختلف أيضاً عن بيع التجربة. ذلك أن البيع بالمذاق ليس بيعاً أصلاً، بل هو مجرد وعد بالبيع. وهذا الوعد صادر من المالك، وقد قبل الطر الآخر الوعد ولم يقبل بعد البيع ذاته^(٥). فإذا ذاق المبيع وارتضاه، فقد قبل البيع. وينع البيع من وقت هذا القبول، فليس للقبول أثر رجعي كما له هذا الأثر في بيع التجربة^(٦).

=ولا يكون مجرد وعد بالبيع، فإذا لم يكن الشيء من صنف المشتري استطاع المشتري إجبار البائع على تسليمه شيئاً من الصنف المشتري أو اشتراه على حسابه (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ١٣ - بودري وسينيا فقرة ١٦٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٥٢٥ ص ٥٣١ هامش رقم ٥).

(١) بودري وسينيا فقرة ١٥٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦٠ - ص ١٦١ وق الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٦.

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣.

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١١٤ - الأستاذ منة مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٩.

(٤) بودري وسينيا فقرة ١٦٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦١.

(٥) ولكنه قد التزم أن يذوق الشيء، وهو بعد ذلك حر في رفضه (بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٣٧٨ هامش رقم ٢).

(٦) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يختلف بيع المذاق عن البيع بش التجربة، لا في أن المشتري حر في القبول أو في الرفض في مدة يحددها الاتفاق أو العرف فالأحكامهما واحد في ذلك، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ، بل هو لا إلا من وقت إعلان المشتري للقبول دون أثر رجعي - فبيع المذاق، قبل قبول المشتري، إنما هو بالبيع من جانب واحد: أنظر في هذا المعنى التقنين الفرنسي ١٥٨٧ والتقنين الإيطالي م ٥٢ والمشروع الفرنسي الإيطالي م ٣٢٦ والتقنين اللبناني م ٣٩٢ - علي أن هناك من التقنينات الأجنبية يعتبر بيع المذاق بيعاً معلقاً على شرط واقف: أنظر التقنين الأسباني م ١٤٥٣ والتقنين البرتغالي م ١٥٥١ والتقنين الهولندي م ١٤٩٩ والتقنين الأرجنتيني م ١٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٨).

من ثم رأينا المادة ٤٢٢ مدني تقول: «كان للمشتري أن يقبل البيع». أما في البيع بالتجربة فتقول المادة ٤٢١ مدني: «يجوز للمشتري أن يقبل البيع». وهذا الفرق بين عبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين في طبيعتهما. فبيع التجربة بيع كامل وإن لم يكن باتاً، ولذلك يقبل المشتري المبيع، أما البيع فقد سبق له قبوله. وبيع المذاق ليس بيعاً كاملاً، بل وعداً بالبيع، ولذلك يقبل المشتري البيع.

ونرى من ذلك أن بيع المذاق إذا تم بيعاً بقبول المشتري للبيع - أي بقبوله للوعد وتحويله بيعاً بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع - فإن ملكية المبيع لا تنتقل إليه إلا من وقت هذا القبول. ويترتب على ذلك الأمور الآتية:

(١) إذا كان دائن للبائع قد وقع حجراً على المبيع قبل قبول المشتري للبيع، كان الحجر صحيحاً إذ وقع على شيء مملوك للبائع، وجاز الاحتجاج بالحجر على المشتري لو قبل البيع، وهذا بخلاف بيع التجربة. (٢) إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري للبيع، ثم قبل المشتري البيع، فإنه لا يستأثر بالمبيع دون سائر الدائنين، أما في بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع أي قبل الإفلاس فيستأثر بالمبيع. (٣) إذا هلك الشيء قبل مذاقه، هلك على البائع (١).

٧٦- الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة: والآن نستطيع أن نلخص الفروق ما بين بيع المذاق وبيع التجربة (٢) فيما يأتي:

١- المذاق، بخلاف التجربة، يراد به محض التثبت من ملاءمة الشيء لذوق المشتري، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته، فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء.

٢- المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع، أما التجربة فتكون عادة بعد التسليم.

٣- لا يكفي سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله للبيع، ويكفي السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع.

٤- بيع المذاق مجرد وعد بالبيع، أما بيع التجربة فبيع كامل معلق إما على شرط واقف وإما على شرط فاسخ.

أما الفقه في فرنسا فيحيل إلى القول بأن بيع المذاق مجرد إيجاب ملزم للبائع ولكن لوحظ على هذا القول أن المشتري ملتزم هو أيضاً بمذاق الشيء (بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٢ من ٣٧٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٤).

(١) بودري وسينيا فقرة ١٥٥.

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٣ - أنظر في انتقاد إيجاد بيع المذاق إلى جانب بيع التجربة ووجوب التسوية من ناحية التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعاً معلقاً على شرط الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٦٥.

٥- إذا وقع دائن البائع حجراً على المبيع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق ينفذ الحجر في حق المشتري، وفي بيع التجربة لا ينفذ.

٦- إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق لا يستأثر المشتري بالمبيع، وفي بيع التجربة يستأثر.

٧- إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري، ففي بيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع، وفي بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقفاً وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً (١).

٣- بيع الوفاء

(vente à réméré)

٧٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

«إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلاً» (٢).

(١) والفقه الإسلامي يواجه كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط. وفي الفقه الإسلامي أيضاً البيع على سوم النظر (المجلة م ٢٩٩) والبيع على سوم الشراء (المجلة م ٢٩٨)، وهذان ليسا بيعين كاملين، والأول منهما أقرب إلى أن يكون مجرد إيجاب من البائع، أما الثاني فأقرب إلى أن يكون وعداً بالبيع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق. وهناك أيضاً في مذهب مالك خيار الثلاثة الأيام وخيار العام.

وقد سار التقنين المدني العراقي على هدى الفقه الإسلامي، فأورد إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصوصاً متعلقة بخيار الشرط على الوجه الآتي: م ٥٠٩ عراقي: يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة. ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي. م ٥١٠ عراقي: إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً، فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز سقط خيار الجزئ وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة. م ٥١١ عراقي: إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار، لزم البيع. م ٥١٢ عراقي: خيار الشرط لا يورث، فإذا مات من له الخيار سقط خياره. م ٥١٣ عراقي: في جميع حالات الخيار، إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ، هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى.

أنظر في شرح خيار الشرط في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٦ - فقرة ٥٦، وهو ينتقد الجمع بين خيار الشرط وبين بيع التجربة وبين المذاق. وأنظر في تفصيل هذا الانتقاد تفصيلاً موقفاً الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧. وظاهر أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق، فلا ضير من هذا الجمع، ويكون البيعان الأخيران صورتين خاصيتين من صور خيار الشرط.

(٢) تاريخ النص: كان المشروع التمهيدي يشتمل على المواد من ٦١٧ إلى ٦٣١، وهي نصوص تقر بيع الوفاء وتنظمه تنظيمياً مفصلاً على الوجه الذي سار عليه التقنين المدني السابق (أنظر نصوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدني السابق والمذكورة الإيضاحية المتعلقة بها في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٩٠ في هوامش هذه الصفحات). وقد سار المشروع التمهيدي -

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٨ - ٤٢١/٣٤٧ - ٤٣٣ - (١).

= في مراحله أمام لجنة المراجعة، فمجلس النواب، حتى إذا وصل لجنة مجلس الشيوخ رأيت هذه اللجنة إلغاء هذه النصوص والنص صراحة على أن يبع الوفاء يكون باطلاً في المادة ٤٦٥ التي نحن بصددتها، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وضعتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ١٦٤ - ص ١٨٠).

(١) التقنين المدني السابق م ٤٢١ / ٣٣٨ (معدلة بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣): حق استرداد المبيع أو الشرط الوفاائي هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة في مقابلة المبالغ المصروف عليها في المادة ٣٤٤ في ابعاد المتفق عليه.

م ٤٢٣ - ٤٢٢/٣٣٩ (معدلة بالقانون ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣): إذا كان الشرط الوفاائي مقصوداً به إخفاء رهن عقارى، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له، سواء بصفته بيعاً أو رهناً. ويعتبر العقد مقصوداً به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات - ويجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه.

م ٤٢٤/٣٤٠: بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشتري على شرط الاسترداد، بمعنى أنه إذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري - وإما إذا صار توفيه الشروط المذكورة، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع.

م ٤٢٥: مختلط (مقابل لها في الأهلى): إذا لم يشترط حق الاسترداد في نفس عقد البيع، فمن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكا بالثاني إلا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد.

م ٤٢٦/٣٤١: لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع، وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيهه إلى خمس سنين (فى المختلط ستان بدلا من خمس).

م ٤٢٧/٣٤٢: الميعاد المذكور محتم بحيث يتقرب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق فى أى حال من الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة.

م ٤٢٨: مختلط (لا مقابل لها فى الأهلى): تطويل الميعاد لشفق عليه يقوم مقام بيع من المشتري للبائع الأصلي معلق على شرط، إذ يعتبر المشتري المذكور مالكا للمبيع ملكاً باتناً من يوم البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد.

م ٤٢٩/٣٤٣: يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل إليه المبيع، ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال.

م ٤٣٠/٣٤٤: لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري فى الميعاد المعين أن يؤدي له عنى الفور الأشياء الآتى بيانها: أولاً - أصل الثمن. ثانياً - المصروفات المترتبة على البيع والتي ترتب عنى استرداد المبيع. ثالثاً - المصاريف اللازمة التى صرفها المشتري غير ما صرفه لصيانة المبيع، ثم يؤدي أيضاً ما زاد فى قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التى صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة.

م ٤٣١/٣٤٥: عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع، يأخذه خالياً عن كل حق ورهن وضعه عليه المشتري، إنما يلتزم البائع بتنفيذ الإيجارات التى أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط أن تكون منتهية لا تتجاوز ثلاث سنين.

م ٤٣٢/٣٤٦: الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً إلى حصص، إلا إذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشتري بالنسبة للحصص المشاعة يسهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدني السوري المادة ٤٣٣ - وفى التقنين المدني الليبي المادة ٤٥٤ - وفى التقنين المدني العراقي الماد ١٣٣٣ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٧٣ - ٤٨٦ (١).

م ٤٣٣/٣٤٧: إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار، واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكا بعد طلب هذا المالك مقاسمته، فللمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها.

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري م ٤٣٣ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدني المصري - أنظر فى القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٣)

التقنين المدني الليبي م ٤٥٤ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ١٣٣٣: بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً.

(والتقنين العراقي كان يشتمل فى مشروعه التمهيدى على نصوص - المواد من ٥٩٥ إلى ٦٠٥ - تقر بيع الوفاء وتفصل أحكامه باعتبار أنه بيع معلق على شرط فاسخ على نمط الفقه الغربى، ولكن عند مراجعة هذا المشروع حذفت هذه النصوص، وتوسط التقنين العراقي بين موقف الفقه الغربى من بيع الوفاء وقره كما رأينا وبين موقف التقنين المصرى وهو يطله كما سبق القول، فجعل بيع الوفاء لا بيعاً صحيحاً ولا بيعاً باطلاً، بل جعله رهناً حيازياً، أى أنه وضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازى. وقد جرى التقنين العراقي فى ذلك على تقاليد الفقه الإسلامى والمجلة، فبيع الوفاء هناك إما هو رهن حيازى. ويجب التمييز فى القانون العراقي بين بيع الوفاء والبيع المقترون بخيار شرط للبائع. فبيع الوفاء بيع قصد به تأمين المشتري على ماله وتأمين البائع على استرداد العين المبيعة بعد وفاء المشتري حقه، وبأخذ حكم الرهن الحيازى، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بل يبقى المبيع عنده تأميناً حتى يستوفى حقه من البائع، أما البيع المقترون بخيار شرط للبائع، فقد قصد به أن يكون للبائع فسحة من الوقت يتدبر أمره وينظر هل من مصلحته أن يجعل البيع باتناً أو أن يفسخه. فهو بيع صحيح لا رهن، ينتقل ملك المبيع إلى المشتري تحت شرط فاسخ لأنه مقترون بخيار التروى أو خيار الشرط. وتكون المدة فى خيار الشرط عادة مدة قصيرة، إذ لا يحتاج البائع فى التروى إلى وقت طويل. أما مدة الاسترداد فى بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل إلى سنين عدة، إذ هو قرض مضمون برهن حيازى كما سبق القول - قارن الأستاذ حسن الذنون فى البيع فى القانون المدني العراقي فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني:

م ٤٧٣: إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفاائي هو الذى يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يمد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن. ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفاائي أشياء منقولة وغير منقولة.

م ٤٧٤: لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع. وإذا اشترط ميعاد يزيد عليها أنزل إلى ثلاث سنوات.

م ٤٧٥: إن الميعاد المذكور متحتم، لا يجوز للقاضى أن يحكم بإطالته وإن لم يتمكن البائع من استعمال حقه فى الاسترداد لسبب لم يكن فيه مختاراً أما إذا كان عدم استعماله هذا الحق ناشئاً عن خطأ من المشتري، فانقضاء المهلة لا يحول دون استعماله.

م ٤٧٦: إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشتري تحت شرط الوفاء، بمعنى أن المشتري -

وقد كان التقنين المدني السابق يقر بيع الوفاء وينظمه تنظيمًا مسهبًا، أما التقنين المدني الجديد فقد أبطله كما رأينا. فيحسن إذن أن نبحث بيع الوفاء: (أ) في عهد التقنين

(أ) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق

٧٨- بيع الوفاء والرهن: بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق كان طريقاً من طرق التأمين، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائه، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، هو أن يرد البائع الثمن والمصرفات للدائن، فيفسخ البيع ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي. فالبيع وفاء هو المدين، والمشتري وفاء هو الدائن، ويتجرد الأول عن ملكه للثاني على أمل استرداده في المستقبل. أما في رهن الحيازة فلا يتجرد الراهن عن الملك بل عن الحيازة فقط، وفي الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة. فظاهر أن الرهنيين يفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة. ولكن بيع الوفاء - من ناحية أخرى أهل أهمية - يمتاز على كل من الرهنيين. فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع، أما إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن فانها تهلك على الراهن دون المرتهن. ثم إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع، أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء المرهون حق شخصي يضمنه جميع أموال الراهن. ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية والرهن الرسمي لا بد لانعقاده من هذه الورقة، وبأنه يجوز في العقار وفي المنقول، والرهن الرسمي لا يجوز إلا في العقار.

عن أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذ المتعاقدان ستاراً لإخفاء رهن حيازي (١) لو كشفنا عنه كان غير مشروع. ويتحقق ذلك في الفروض الآتية: (١) يقصد المتعاقدان إبرام قرض ربا فاحش مضمون برهن حيازي، فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته، بل يلجآن إلى بيع الوفاء، فيبيع المدين من الدائن عيناً بيعاً وفائياً، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة عن الربا الفاحش (٢). أو يشترط عليه المشتري (الدائن) إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه، والفرق ربا فاحش. (٢) يقصد المتعاقدان التخلص من

== يبقى ملكاً له إذا لم يقدّم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده. أما إذا قام بهذه الشروط، فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع. وفي كل حال يتمتع المشتري بالمبيع كالمالك إلى أن تنتهي المهلة أو إلى أن يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٤٨٢ و ٤٨٥، فيحق له أن يجنى ثمار المبيع وأن يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا.

م ٤٧٧: يحري حق الاسترداد بأن يبلغ البائع إلى المشتري رغبته في استرداد المبيع، ويجب عليه في الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن.

م ٤٧٨: إذا توفي البائع قبل أن يستعمل حقه في الاسترداد، انتقل هذا الحق إلى ورثته، فيستعملونه في المدة الباقية لورثتهم من المهلة.

م ٤٧٩: لا يجوز للورثة أن يستعملوا حق الاسترداد إلا مجتمعين، ولا أن يطلبوا سوى رد المبيع بجملة. ويسرى هذا الحكم أيضاً فيما إذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئاً مشتركاً بينهم ولم يحفظوا لكل منهم حقه في استرداد حصته.

م ٤٨٠: يجوز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورثة المشتري مجتمعين. أما إذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع في حصة أحد الورثة، فتقام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله.

م ٤٨١: إذا أعلن إعسار البائع، كان حق الاسترداد للدائنين.

م ٤٨٢: يحق للبائع وفاء أن يقيم دعوى الاسترداد على المشتري الثاني.

م ٤٨٣: إن البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود إلى وضع يده على المبيع إلا إذا رد: أولاً - الثمن الذي قبضه - ثانياً - النفقات المفيدة بمقدار ما زادته في قيمة المبيع. أما فيما يخص بالنفقات الكمالية، فليس للمشتري سوى نزع ما أدخله على المبيع من التحسين إذا استطاع نزع بلا ضرر. ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاريف الصيانة ولا نفقة جنى الثمار - ويجب على المشتري من جهة أخرى أن يرد: أولاً - المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع - ثانياً - الثمار التي جناها منذ اليوم الذي دفع أو أودع فيه الثمن. وللمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا لم يرد ما يجب له، ذلك كله مع الاحتفاظ بالشروط المتفق عليها بين الفريقين.

م ٤٨٤: إن المشتري مسئول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من الضرر أو الهلاك بفعله أو بخطأه أو بخطاء الأشخاص الذين يكون مسئول عنهم. وكذلك هو مسئول عن التغييرات التي أدت إلى إحداث تبدل جوهرى في المبيع مخالف لمصلحة البائع. غير أنه لا يسأل عما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة أو تغيير قليل الشأن، ولا يحق للدائع في هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن.

م ٤٨٥: إن البائع الذي يسترد ملكه بمقتضى حق الاسترداد يكتسب في الوقت نفسه الحق في محو قيود جميع الحقوق العينية والأعباء والرهن التي أنشأها عليه المشتري. غير أنه ملزم بتنفيذ عقود الإيجار التي عقدها المشتري بلا احتيال، على شرط ألا تتجاوز مدة الإجارة المهلة المنصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الإيجار ذا تاريخ صحيح.

م ٤٨٦: إذا كان المبيع ملكاً زراعياً واستعمل البائع حق الاسترداد في أثناء السنة الزراعية حق للمشتري إذا كان قد ألقى البذار هو أو الذين أحرقهم أن يبقى محتلاً للأقسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية، وإنما يلزمه أن يدفع ما يورجه عليه العرف المحلي عن المدة الباقية من يوم الاسترداد إلى آخر السنة الزراعية. (وتقرب أحكام التقنين اللبناني في بيع الوفاء من أحكام التقنين المصري السابق).

(١) وبيع الوفاء في الفقه الإسلامى هو رهن لا بيع، ولكنه يبيع للمشتري وفاء ثمرات المبيع وكان لا يملكها في الرهن إلا على سبيل الرخصة التي يجوز الرجوع فيها (انظر ابن عابدين جزء ٤ ص ٢٨١ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القابول المدني السوري فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٥٠ و فقرة ٢٥٣).

(٢) وطبقاً لقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ وسياق ذكره - يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلاً، ويصبح المشتري دائماً عادياً يستحق فوائد عن المبلغ الذي دفعه ثمناً، والاتفاق على الأجرة هو في حقيقته اتفاق على الفائدة، فيجب إيراد الأجرة إلى الحد المسحوق به قانوناً للفوائد الاتفاقية (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٩) - وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه إذا باع شخص لآخر عقاراً بيعاً وفائياً، ثم حكمت المحكمة بإبطاله سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن، فإن حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن لا يبتدىئ حساب مدة سقوطه إلا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائياً (١٢ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٥٧)

بطلان شرط امتلاك المرتهن للشيء المرهون إذا لم يف الراهن بالدين، فيلجأ إلى بيع الوفاء. فتتخذ الدائن المرتهن سمة المشتري وفاء، ويستطيع بذلك أن يملك المبيع إذا لم يرد الراهن - وهو البائع وفاء - ما اقتضاه وسماء ثمناً في بيع الوفاء. (٣) يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة، فيسميان رهن الحيازة ببيع وفاء. فلا يحتاج الدائن (المشتري وفاء) إلى الحجز والبيع، بل يملك المرهون (المبيع وفاء بمجرد عدم قيام المدين (البائع وفاء) بسداد الدين.

وقبل قانون رقم ٥٠/٤٩ سنة ١٩٢٣، وكان على القاضي، إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية، فيعتبره بيع وفاء أو رهناً، ويجرى على كل عقد حكمه. ثم صدر هذا القانون قاضياً بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء، إذا كان واقعاً على عقار، وتبين أنه رهن، فإنه يكون باطلاً لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضاً باعتباره رهناً. وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون: «إن في إبطال عقود الرهن التي تكون في شكل بيع وفائي إطلالاً تاماً للوصول إلى الغاية المطلوبة، إذ من المؤكد أن الدائنين سيمنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفائي نظراً لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وإبطال العقد إطلالاً تاماً. وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاي الذي ينطوي على الرهن، وإلا كان جزاء المخالف إلغاء كل أثر لعقده». وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء يستر رهناً، فيبطل كبيع وكرهن معاً، اشتراط المشتري على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن فوائده، وذلك لأن المشتري وفاء يقبض ربح المبيع، فإذا ضم إليه الفوائد كان هذا قرينة على الربا الفاحش. وجعل من هذه القرائن أيضاً أن تبقى العين في حيازة البائع بأي سبب (١). وهذه القرائن غير قاطعة، فيجوز إثبات

(١) والقرائن المذكورة في تشريع سنة ١٩٢٣ ليست واردة على سبيل الحصر. وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطني والقضاء المختلط في عهد التقنين المدني السابق، في شأن بيع الوفاء الذي يستر رهناً وما يقوم من القرائن في هذا الصدد، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ أو بعد صدوره. ونذكر من أحكام القضاء الوطني ما يأتي: استئناف وطني ٣ يناير سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ٦٦ - ١١ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص ٢٤٠ - ٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٤ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص ١١ - ١٤ مارس سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ٩١ ص ٤٦٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/١٧٧ ص ٢٤٥ - استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ١/٥٠٥ ص ٦٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٢ ص ٧٧٤ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٦ ص ٩٩٢ - ٩ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٦٣٣ ص ١٢٤٣ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢ - استئناف أسبوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨ - استئناف أسبوط ١٧ مايو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣ - استئناف أسبوط ٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥. ونذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتي: استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٧ -

٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٧ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٤ - ٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣ - ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٧ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٩ - ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٣١ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٦ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٥ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٣ - ٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٥ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥ - ٩ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٠ - ٥ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٤ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٥ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٠ - ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩١ - ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٨٣ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩ - ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٦ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٣ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٧ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٥.

(١) إن المادة ٣٣٩ من القانون المدني الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ إذ أجازت إثبات أن الشرط الوفاي مقصود به إخفاء رهن عقاري بكافة طرق الإثبات دون التفات إلى نصوص العقد فإن ذلك منها لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجيز اثبات الغش بجميع الطرق ذاتها ومنها البيئة والقرائن وعلى ذلك فإن تلك المادة لا تتضمن أي استثناء تفرد به عن سائر العقود المنطوية على الغش من حيث طرق الإثبات.

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن ٢٨٥ لسنة ٣٤ ق م ٢٠ ص ١٤٤).

(١) وقد ورد، كما رأينا، في آخر المادة ٤٣٩، ٤٣٢ - ٤٣٣ من التقنين المدني السابق أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في العقد بدون التفات إلى نصوصه. وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجيز في العقود المنطوية على غش الإثبات بجميع الطرق. وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدني (السابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق، ومنها البيئة والقرائن، أن العقد لم يكن بيعاً باتاً، وإنما هو - على خلاف نصوصه - يستر رهناً حيازياً. فإذا ادعى المستأنف أن العقد الذي صدر منه في صورة بيع لم يكن إلا استدانة بفائدة ربوية مضمونة برهن تأميني أفرغ في قالب بيع بات افترون به تأجير العين له، وكذلك إقرار من العاقد معه برد العين إليه في أجل المحدد وبالقيمة المتفق عليها في العقد، ثم أخذت محكمة الدرجة الأولى بدعواه وبيئت الأدلة والقرائن التي استندت إليها، ولكن محكمة الاستئناف، رغم تمسكه بدعواه هذه وطلبه إجراء التحقيق لإثباتها، لم تأخذ بها، متعلقة في قضائها بأن محل ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد، وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد به بغير الكتابة، فقضاؤها بذلك مخالف لحكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٧ ص ١٠١). وقضت أيضاً بأنه يجوز للبائع أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن العقد، وأن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعاً باتاً، فإنه في حقيقة الأمر يستر رهناً حيازياً. فإذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالي أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد، واستتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون سائراً لرهن حيازي، فإنه لا يكون قد أخطأ. إذ يكفي في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما. وإذا كانت الأوراق المختلفة على تكييفها - هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمحدد التعاقد وإن تعلق على شرط -

٧٩- دوران في بيع الوفاء: ويمر بيع الوفاء على دورين: الدور الأول عند انعقاد البيع، والدور الثاني عند استعمال حق الاسترداد.

أولاً- عند انعقاد بيع الوفاء:

٨٠- أركان بيع الوفاء: هي أركان أي بيع آخر، رضا المتعاقدين والمبيع والثمن،

فاسخ. وإذا فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تملك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغ عبارتها، وليس فيه مسح لدلولها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض رقم ٣٠ ص ١٠٢- وانظر أيضاً: نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ٢ ص ٤٤ ص ٢٢٩). وبقاء حيازة العين في يد البائع، إذا كانت تعد قرينة قانونية طبقاً لتشريع سنة ١٩٢٣- فإنها كانت تصلح قرينة قضائية قبل هذا التشريع (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٢ ص ١٨ ص ٩٢). وكون الثمن المدفوع لا يتناسب مع الثمن الحقيقي يصلح قرينة على الرهن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ ص ١٥٣ ص ١٠٢٧ - ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض رقم ٥ ص ١٤٥ ص ٩٤٢). ولو فسخ الإيجار بناء على طلب المشتري واسترد المشتري من أنه وضع يده كمالك لا كمرتهن بعد التصرف بستر رهناً باطلاً، ولا حجة فيما قاله المشتري من أنه وضع يده كمالك لا كمرتهن بعد الفسخ (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٢ ص ٦).

ويؤخذ من ظاهر عبارات محكمة النقض في حكم حديث لها أنها تعتبر القرائن الواردة في تشريع سنة ١٩٢٣ قرائن قانونية قاطعة. فقد قضت بأن بيع الوفاء، قبل تعديل المادة ٣٣٩ مدني (قديم)، كان قد اتخذ لستر بعض التصرفات القانونية الممنوعة، مما حدا بالمشروع لإصدار القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ معدلاً للمادة ٣٣٩ مدني قديم، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء الذي يقصد به إخفاء رهن وأنه لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً، وأن العقد يعتبر مقصوداً به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات. والذي يبين من الباعث على تعديل المادة ٣٣٩ مدني ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشرع إنما أورد هذه كقرينة قانونية قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالعقد وأنه يستر رهناً. ويؤيد هذا النظر اتجاه المشرع إلى إنشاء البيع الوفاوي في القانون المدني الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن. ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت القرينة ليست قاطعة وأحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٧ ص ٤٧ ص ٣١٦). ولكن يبدو أن محكمة النقض إنما تأخذ على الحكم المطعون فيه أنه لم يعتد بقرينة بقاء العين في حيازة البائع، وكان من شأن هذه القرينة أن تعفي البائع من عبء الإثبات، وتلقيه على عاتق المشتري ليثبت هو بالرغم من وجود هذه القرينة أن العقد حقيقته بيع وفاء لا رهن. فدل من ذلك، ألغى الحكم المطعون فيه عبء الإثبات على البائع، ليثبت أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن وهذا لا شك خطأ في الحكم المطعون فيه يبرر نقضه، ولكن ليس هذا منه أن القرينة القانونية إذا وجدت لم يجز إثبات عكسها. بل إن الواجب في القضية التي نحن بصدد حلها أن الدعوى إلى التحقيق، ولكن لا ليثبت البائع أن العقد هو في حقيقته رهن، بل ليثبت المشتري أن العقد بالرغم من وجود القرينة القانونية على أنه رهن هو في حقيقته بيع وفاء. فإذا خلا بيع الوفاء من القرائن القانونية، كان على البائع الذي يدعي أن البيع الوفاوي يخفي رهناً أن يقيم هو الدليل على ذلك (نقض مدني ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض رقم ٧ ص ١٢١ ص ٨٤٧)، ومن حقه أن يجاب إلى طلبه إذا هو طلب إثبات أن بيع الوفاء يخفي رهناً (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض رقم ٧ ص ٣٢ ص ٢٥٩).

ولا يشترط التسليم^(١). وهو بيع معلق على شرط فاسخ، هو أن رد البائع إلى المشتري المبالغ التي يتفق عليها - وهي غالباً الثمن والمصروفات - في مدة معينة. فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلاً^(٢).

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحاً يجب توافر أمرين: (١) أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته، فالمعاصرة الذهنية تكفي^(٢). فإذا تخلف

(١) استئناف وطني ٣ يناير سنة ١٩٥٥ الحقوقي ٢٠ ص ١٣٥.

(١) أ- المقرر في قضاء محكمة النقض أن مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يطله القانون أن تنجح إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع ما دام الثابت أن الاتفاق قد تم على الأمرين معاً في وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية بين البيع وبحق البائع في الاسترداد تتحقق سواء كانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع.

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨ الطعن ٩٩ لسنة ١٣٥٦ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٤ الطعن ٢٤١٢ لسنة ١٣٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٦/٦/١٥ الطعن ٦٢٣ لسنة ١٣٥٣ ق)

(جلسة ١٩٨٦/٢/١٧ الطعن ١٧٩٧ لسنة ١٣٥٠ ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ٧٨٨ لسنة ١٣٤٨ ق ص ٣٢ ص ١٩٤٨)

ب- عقد البيع الذي يخفي رهناً ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشتري إنما هو صورة من بيع الوفاء الذي حظره المشرع بالنص على بطلانه في المادة ٤٦٥ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعن ٢٤٤، ٩٥٢ لسنة ١٣٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن ٦٢٤ لسنة ١٣٥١ ق)

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن ٥٠٩ لسنة ١٣٤٢ ق ص ٢٧ ص ٦٥٢)

ج- من المقرر في قضاء محكمة النقض أن الصورة النسبية التدلالية التي تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع إذ أن عقد البيع الذي يخفي رهناً ويستطيع فيه البائع استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلى المشتري إنما هو صورة من بيع الوفاء الذي حظره المشرع بالنص على بطلانه في المادة ٤٦٥ من القانون المدني، وهذه الصورة النسبية تثبت بالبينه وسائر طرق الإثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات.

(جلسة ١٩٨١/٥/٦ الطعن ٥٧٩ لسنة ١٣٤٨ ق ص ٣٢ ص ١٣٨٨)

(جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠ الطعن ٣٠٧ لسنة ١٣٥٠ ق ص ٣٤ ص ١٥٢٤)

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ الطعن ٢٢٢ لسنة ١٣٤٩ ق)

(٢) نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض رقم ١ ص ٣٠ ص ١٠٢ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) يكفي في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما) - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية رقم ٣٦ ص ١١٧ (ورقة ضد تحررت في يوم العقد البات). ويخلص من ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون عقد البيع ذاته الذي يثبت شرط استرداد العين المبيعة. وقد قصت محكمة النقض أنه ليس صحيحاً القول بأن

الشرط عن عقد البيع، فإن البيع يتعقد باتاً، ويكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبيع معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين. وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معلق على شرط واقف هو الذى تنص على المادة ٤٢٥ مدنى مختلط إذ تقول «إذا لم يشترط حق الاسترداد فى العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لا يعود مالكا إلا من يوم اشتراطه هذا الحق». ولا نظير لهذا النص فى التقنين الوطنى السابق، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ونية المتعاقدين. (٢) ألا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات فى التقنين الوطنى، وعلى سنتين فى التقنين المختلط. وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى:

٨١- حقوق كل من المشتري والبائع: يصبح المشتري، بعد تسجيل بيع الوفاء إذا كان المبيع عقاراً، مالكا للمبيع تحت شرط فاسخ، وله أن يتصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقاً على هذا الشرط. فله أن يبيع وأن يهب وأن يرهن، فإذا تحقق الشرط فسخت كل هذه التصرفات. ويستطيع أن يطهر العقار مما عليه من الرهن، ويبقى هذا التصرف نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ. وله أن يطلب الأخذ بالشفعة^(١)، ويبقى تصرفه هذا أيضاً نافذاً ولو تحقق الشرط. وله من باب أولى أن يقوم بأعمال الإدارة، كأن يؤجر العين، ويكون إيجاره نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ وردت العين إلى البائع، ويلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم يتجاوز مدته ثلاث سنوات (٤٣١/٣٤٥) مدنى سابق). وإذا كان بيع الوفاء صادراً من غير مالك، فإن كان المبيع منقولاً ملكه المشتري إذا كان حسن النية بموجب الحياة، وللمالك الحقيقي أن يستعمل حق الاسترداد. وإذا كان المبيع عقاراً، أمكن المشتري أن يملكه بالتقادم الخمسى إذا كان حسن النية، وللبائع حسن النية إذا استرد المبيع أن يضم مدة حياة المشتري إلى مدة حياته إذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشتري يعتبر حائزاً لحسابه^(٢). أما إذا كان المشتري سعي النية، فإنه لا يملك المبيع إلا بالتقادم الطويل، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً، وله أن يضم مدة حياة البائع، فإذا ملك المبيع بالتقادم بقى للبائع حقه فى الاسترداد.

اشتراط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بمقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعداً بالبيع، فإن المادة ٣٣٩ مدنى (سابق) تجوز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو على خلاف نصوصه يستتر رهاً حيازياً (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧- وانظر أيضاً: نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٥ ص ٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٤ ص ٢٦٣ - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧). وقضت محكمة النقض كذلك بأن إثبات أن عقد البيع قصد به إخفاء رهن مقترن بقوائد ربوية يحرمها القانون مراعاة للنظام هو أمر حائز بكافة الطرق، سواء صور عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وقائى (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٣ ص ١٦٠١).

(١) نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤.

(٢) بودرى وسيبيا فقرة ٦٣٦ - الأستاذ أنور سلطان ص ٢٧٥ هامش رقم ١.

ويصبح البائع مالكا تحت شرط واقف. فإذا تصرف المشتري فى المبيع، ثم تحقق الشرط، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعى، وأمكن هذا أن يسترد المبيع ممن تصرف له المشتري. ويستطيع البائع أن يتصرف فى ملكيته المعلقة على شرط واقف وأن يرهنها خاضعة لهذا الشرط^(١)، فإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل أو القيد. وللبائع فوق ذلك حق شخصى فى ذمة المشتري، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع فى مواجهته، حتى لو انتقل إلى يد أجنبى.

ثانياً- عند استعمال حق الاسترداد:

٨٢- من يستعمل حق الاسترداد وضد من يستعمل وعلى أى شئ يقع: الذى يستعمل حق الاسترداد هو البائع، وورثته من بعده، ومن انتقل إليه حق البائع أى خلفه الخاص^(٢). ولدائى البائع، إذا كان هذا معسراً، أن يستعملوا حقه باسمه وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة^(٣).

ويستعمل حق الاسترداد ضد المشتري أو ورثته من بعده. ويجوز أيضاً استعماله ضد المشتري من المشتري (أى الخلف الخاص)، إلا إذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري الثانى حسن النية فإنه يملك المبيع ملكاً باتاً ويبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشتري. أما إذا كان المشتري الثانى يعلم شرط الاسترداد أو كان المبيع عقاراً، فإنه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع ولا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثانى، ويرجع هذا على البائع له - أى على المشتري - بالفرق. أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الثانى أقل، فإنه يسترد من البائع الثمن الأكثر، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذى دفعه له. ويلاحظ أن استرداد البائع من المشتري الثانى يكون بموجب دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد. وقد تقدم أن للبائع عدا هذا دعوى شخصية

(١) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٦.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وقائياً على المشتري من أحد الورثة من مال الورثة جميعاً، ويكون الوارث الذى قام بالعرض قد باشر نيابة عنهم. ولما كان حق الاسترداد منقلاً أصلاً للبائع ولورثته، فإنه يجوز استعماله لمن يقوم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه. وإذا فُتحت كان ورثة البائع وقائياً قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى يطلب استرداد هذه العين من المشتري وقائياً، ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بحقوقهم فى الثمن المودع، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة مضمناً إلى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩).

(٣) وفى القانون الفرنسى للمشتري إلزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الأخرى قبل استعمال حق الاسترداد (بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٩٤ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٤٨٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٨).

قبل المشتري الأول، وتظهر فائدتها في حالتين: (١) إذا كان البائع ليس متأكداً من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني، إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الثاني، وهو لا يعلم أين ذهبت العين، فخير طريق يسلكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحاً. (٢) إذا كان المبيع منقولاً وقد ملكه المشتري الثاني حسن النية بالحيازة، فلا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الاسترداد، ولا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشتري الأول بموجب حقه الشخصي، وقد تقدم ذكر ذلك.

ويقع الاسترداد على نفس المبيع، سواء كان ملكاً كاملاً أو حصة مشاعة أو حصصاً مقسومة (م ٤٣٢/٣٤٦ مدني سابق). ولكن لهذه القاعدة استثناءات.

١- فقد يتعدد البائع، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً. فإذا كان البيع بعقد واحد وبشخص واحد، جاز للمشتري أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقوا فيما بينهم على استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً أصلاً. ولا بد من اتفاق الجميع على الاسترداد، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجبر المشتري على إجابة هذا الطلب إلا إذا نزل باقي البائعين للبائع الذي يريد الاسترداد عن حقهم فيه. أما إذا لم يستعمل المشتري حقه في طلب اتفاق البائعين على الاسترداد، فكل بائع لا يسترد إلا نصيبه، وبذلك ينقسم حق الاسترداد (انظر المواد ١٦٦٨ - ١٦٧٠ مدني فرنسي، وهي مجرد تطبيق للقواعد العامة).

٢- وقد يتعدد المشتري، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً. فيستطيع البائع أن يستعمل حقه في الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه (١). أما إذا وقع المبيع كله في نصيب أحد الورثة، استعمل البائع حقه في الاسترداد ضد هذا الورث بالنسبة إلى كل المبيع. ويبقى سائر الورثة كل منهم مسئولاً بدعوى شخصية بمقدار نصيبه، وذلك فيما إذا تعذر استرداد الشيء المبيع من تحت يد الورث الذي وقع في نصيبه كل المبيع بأن كان مثلاً منقولاً وملكه مشتركان حسن النية بالحيازة. وليس للورثة أو للمشتريين أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشيء المبيع كما هو في حالة تعدد البائع، بل ينقسم هنا حق الاسترداد حتماً (م ٤٣٢/٣٤٦ مدني سابق وم ١٦٦ مدني فرنسي).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الاسترداد لا يقع - بحسب الأصل - إلا على المبيع كما هو، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني (السابق) قد استثنت الحالة التي تكون فيها دعوى الاسترداد بمقامة على ورثة المشتري بالسعة إلى الحصص المشاعة بينهم أو المفضوزة التي يملكها كل منهم. وهذا لا يصح معه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيهها إلى السابقين. وإذا كان البائع عند وفاة المشتري أن يجزئ دعوى الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين، فإن القول بأنه عد تجزئة الدعوى تعتبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولاً غير سديد (نقص مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٤ ص ٥٠٧).

٣- وتقضي المادة ٤٣٣/٣٤٧ مدني سابق (أنظر ١٧٦٦ مدني فرنسي) بأنه إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة في عقار، واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته، فللمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها. ذلك أن المشتري وفاء قد اضطر، لحفظ الحصة المشاعة التي اشتراها، أن يشتري حصة الشريك، فلزم البائع أن يستردها مع الحصة المشاعة وأن يرد إلى المشتري الثمن الذي دفعه للشريك. ولكن للمشتري أن يحتفظ بما اشتراه في طلب المقاسمة وأن يرد للبائع الحصة المشاعة التي اشتراها منه فقط. فإذا لم يشتري المشتري وفاء حصة الشريك عند طلب القسمة، بل بيعت كل العين لهذا الشريك أو لأجنبي، فثمن الحصة المشاعة المبيعة وفاء هو الذي يستعمل فيه حق الاسترداد (١). ويلاحظ أنه إذا كان المشتري وفاء هو الذي طلب القسمة، فليس له أن يطالب البائع إلا باسترداد الحصة التي اشتراها منه، وإذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة لم تسر القسمة في حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصته المبيعة من يد من انتقلت إليه، وله دعوى شخصية ضد المشتري وفاء كما قدمنا.

٨٣- متى يستعمل حق الاسترداد: الحد الأقصى للمدة التي يجوز أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات (٢). فإن اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة، سرى ما اتفقا عليه. وإن اتفقا على أكثر، أنقص ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات (٣). وإن يسكتا عن تعيين المدة، اعتبرت المدة خمس سنوات (٤). والمدة تحسب بالتقويم الهجري، بحسب المتبع في عهد التقنين المدني السابق. وتبدأ من وقت البيع (٥)، ولا يحسب يوم البيع وبحسب يوم الاسترداد، وتحسب أيام الأعياد ولو انتهت بها الميعاد، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (٦).

وتنص المادة ٤٢٧/٣٤٢ مدني سابق على أن الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب

(١) بودري وسينيا فقرة ٦٥٧ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٦ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٧٨.

(٢) وفي التقنين المختلط سنتان، وفي التقنين المدني الفرنسي خمس سنوات.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد الذي يظهر من روايته أنه بيع وفائي باستكمال أوضاع البيع الوفاي تسرى عليه الأحكام المختصة بذلك، ولا يصح اعتباره بيعاً تحت شرط أحقية البائع في الفسخ في أي وقت أراد. فإذا عين في العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع العين المبيعة أكثر من خمس سنوات، وجب تنزيل الميعاد إلى خمس سنوات. وحق الرجوع في البيع إما أن يكون مطلقاً بلا قيد وإما أن يكون مقيداً بشرط فاسخ، وفي جميع هذه الأحوال لا يعرف إلا ببيع وفائي ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٧٠).

(٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٧ ص ١٦٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩.

(٥) أو من وقت تحقق الشرط الواقف إذا كان بيع الوفاء معلقاً أيضاً على شرط واقف.

(٦) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩.

على تجاوزه سقوط حق الاسترداد، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أي حال من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة. فإذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه في الاسترداد، أصبح بيع الوفاء الذي كان معلقاً على شرط فاسخ يماً باتاً، وأصبح المشتري مالكا للمبيع ملكاً باتاً منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فحسب^(١)، فأصبحت جميع تصرفاته في البيع بائنة. وعلى العكس من ذلك تزول ملكية البائع بأثر رجعي منذ البيع، وتزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن، لأن هذا كله كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط.

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا يتجاوز المدة بعد المد هذا الحد. وإذا اتفق المتعاقدان في البداية على مدة معينة، ثم مداها بعد ذلك، فإن كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم، وإن كان بعد انتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بأن بيع الوفاء أصبح باتاً بانتهاء المدة الأولى وأن المتعاقدين اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحدد لتحقيق الشرط مدة هي مقدار ما مد من الأجل (م ٤٢٨ مختلط^(٢)). ولا يجوز في جميع الأحوال أن يضر الاتفاق على مد المدة بحقوق الغير^(٣). فإذا فرض أن المدة التي حددت أولاً هي سنتان،

(١) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٤١ - فإذا كان بيع الوفاء لم يسجل، ثم أصبح باتاً على النحو المشار إليه، جاز للمشتري رفع دعوى صحة التعاقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع يماً وفائياً لم يستعمل حقه في استرداد المبيع في الميعاد المتفق عليه، فرفع المشتري - بعد فوات مدة الاسترداد - دعوى صحة تعاقد على اعتبار أن هذا البيع بات، وبيئت المحكمة من بحثها واقعة تخلف شرط الاسترداد أن المهلة المحددة للاسترداد قد انقضت بغير أن ينفذ هذا الشرط، فإنه يكون لها أن تقضي بصحة التعاقد على اعتبار أن العقد أصبح يماً باتاً، إذ هذا التحول في طبيعة العقد يتم حتماً بحكم القانون بمجرد تخلف الشرط (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٢٠٣ رقم ٥٥٦). هذا ولا يوجد ما يمنع، حتى قبل أن يصبح بيع الوفاء باتاً، من أن يطلب المشتري تسجيله على اعتبار أنه لا يزال بيع وفاء، فيرفع دعوى صحة التعاقد على هذا الأساس.

(٢) كولان وكابيتان ٢ ص ٥٥٤ - ويذهب رأي إلى أن شرط المد يعتبر وعداً من جانب المشتري بإعادة بيع المبيع للبائع، ومن ثم لا يكون له أثر رجعي، ولا يضر بحقوق الغير المكسوبة في الفترة بين المد والاسترداد (الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٥).

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للأجل في عبارات يؤخذ عليها إغراقها في الإطلاق، وكانت في حاجة إلى شيء من التقييد. فقضت بأن المادة ٣٤٢ مدني (قديم) وإن منعت المحاكم من مد الأجل المحدد من الاسترداد، فإنها لم تحل دون اتفاق المشتري مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باتاً نهائياً، أو جزئياً بعد الأجل المحدد للاسترداد. والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد أولاً للاسترداد، كما هو جائز بعد فواته، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة العقد وكونه قصداً به أن يكون عقد بيع وفائي (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٣ ص ٦٥٥ - وانظر في انتقاد هذا الحكم الأستاذ سليمان مرقس ص ٤٣٦).

(٣) ويجب تسجيله حتى يحتج به على الغير الذي كسب حقا بعد الاتفاق على المد (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ ص ٣٦٩).

وفي غضون السنة الأولى رتب المشتري وفاء رهناً على العقار المبيع، ثم اتفق مع البائع قبل انتهاء الميعاد على مدة سنة ثالثة، فإن الرهن يصبح باتاً بانقضاء السنتين، لأن الدائن المرتهن كسب حقه معلقاً على شرط فاسخ يجب أن يتحقق في هذه المدة، فإذا انقضت ولم يتحقق صار حقه باتاً. أما إذا كسب دائن آخر رهناً على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين، فالميعاد الثاني الممدود هو الذي يسرى لا الميعاد الأول^(١).

٨٤- كيف يستعمل حق الاسترداد: في فرنسا يختلف الرأي في الفقه. ففريق يذهب إلى أن البائع يستعمل حقه في الاسترداد بعرضه الثمن والمصروفات على المشتري عرضاً حقيقياً، وفريق ثان يذهب إلى جواز الاقتصار على العرض الفعلي دون العرض الحقيقي، وفريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة العرض إطلاقاً ويكفي إظهار البائع للمشتري استعداداً أن يدفع له فوراً الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات. وبهذا الرأي الأخير يأخذ القضاء في فرنسا، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقاً على شرط واقف، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلاً الثمن والمصروفات، فإن لم يردّها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع باتاً ويأمن بذلك مزاحمة دائني البائع.

أما في مصر فالقضاء والفقه يذهبان إلى الأخذ بهذا الرأي الأخير، وإلى أن مجرد إظهار البائع استعداداً لدفع الثمن والمصروفات كاف^(٢). ولكن يحسن إذا أخذ بهذا الرأي، التمشي مع القضاء الفرنسي في أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقاً على شرط واقف

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧.

(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٤٣ - ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٣٧ - قنا الاستئناف ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١/٤٥ ص ٩٢ - السطة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٠٦ - جوانمولان فقرة ٢١٢ - دي هلتس ٤ لفظ vente فقرة ٢٩٩ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٧٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إلى جانب إبداء الرغبة دفع الثمن فعلاً في الميعاد لوضوح نص المادة ٢٣٨ مدني المعدلة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣، ولا محل بعد هذا التعديل للاستناد على عبارة المادة ٣٤٤ مدني للقول بغير ذلك، لأن المادة الأخيرة في الواقع إنما وضعت خاصة لبيان ما يجب على البائع دفعه فوراً (٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية رقم ٢٠). وأنظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٥٠٠.

واسترداد البائع المبيع إذا كان عقاراً يكفي فيه التأشير في هامش تسجيل عقد بيع الوفاء، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأشير بل يسترد البائع نصف الرسوم النسبية التي دفعت عند تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشتري. أما إذا أصبح بيع الوفاء باتاً، ثم اتفق المتبايعان على شرط جديد للاسترداد، فلا بد عند الاسترداد من تسجيل جديد، ويستوى في ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر يماً معلقاً على واقف أو وعداً بالبيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٦ ص ٤٣٤).

هو الدفع الفعلي، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع بائناً لعدم الاسترداد، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائر البائع (١).

٨٥- الآثار التي تترتب على استعمال حق الاسترداد: تترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية:

أولاً- ينفسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن، فتفسخ تصرفات المشتري وفاء في المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط (٢)، وتنفذ كل تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضاً.

ثانياً- يصبح البائع مديناً بما يأتي: (١) أصل الثمن. وليس من المحتم أن يكون الثمن الذي يرد البائع هو نفس الثمن الذي دفعه المشتري، وإن كان هذا هو الذي يقع غالباً. ولكن قد يتفق المتعاقدان على أن البائع يرد ثمناً أكثر أو أقل، إلا أنه في حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجباً للشك في أن العقد رهن برها فاحش. وليس على البائع رد فوائد الثمن، فإن المشتري قد استغل المبيع مدة البيع الوفاة ويقوم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والربح. بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن. (٢) المصروفات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع. فيرد البائع للمشتري رسوم التسجيل، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك. (٣) المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري غير ما صرفه في صيانة المبيع، وكذلك في المصروفات النافعة يرد أقل القيمتين ما صرف فعلاً وما زاد في قيمة المبيع. وبشرط في المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة، فقد يعتمد المشتري تحسين المبيع تحسناً يعجز البائع عن رد مصروفاته، ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشتري أن يرد الشيء إلى أصله وينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك (٣).

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦١ ص ٤٤٠ - وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد - هو يقر بيع الوفاء وينظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً (م ٢/٦٢٢ من المشروع) يقول: «ويجوز للمشتري أن يحدد للبائع مياداً يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها في الفقرة السابقة عرضاً حقيقياً، فإذا انقضى الميعاد ولم يقر البائع بذلك اعتبر فسخ البيع الذي تترتب على استعمال حق الاسترداد كأن لم يكن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ في الهامش).

(٢) وذلك فيما عدا التطهير والأخذ بالشفعة والإيجار على النحو الذي قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٨١).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع وفاقياً لا يلزم إلا يرد المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك، وكذلك بالمصروفات التي تزيد قيمة المبيع بقدر ما زاد من قيمته بشرط ألا تكون فاحشة، وأما المصروفات التي ينفقها المشتري لاستغلال المبيع وفاقياً فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها في مقابل استغلاله لهذا المبيع وقض ثمراته (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩).

وبدا وقع نزاع بين البائع والمشتري على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشتري محقاً فيه، كان للبائع أن يعرض المبالغ التي يرى نفسه ملزماً بردها عرضاً حقيقياً ويودعها خزنة المحكمة، وله أن يخصم =

وليس للمشتري حق امتياز على المبيع، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيعاً جديداً، ولكن يستطيع المشتري أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن إن لم يستوف الديون المتقلم ذكرها على الرأي الذي يذهب إليه. وللمشتري على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون.

ثالثاً- يصبح المشتري مديناً برد المبيع. ولا يرد الثمرات لأنها في مقابل الفوائد ويستحق منها بنسبة المدة التي بقي فيها بيع الوفاء دون فسخ، سواء كانت الثمرات طبيعية كمحصول الأرض (١) أو مدنية كأجرة المنزل. وإذا نقص المبيع، فإن كان بغير فعل المشتري لم يلزم بشيء ولكن للبائع يدها ألا يسترد، وإن كان بفعل المشتري فهو مسئول عنه.

(ب) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني الجديد

٨٦- بيع الوفاء باطل - الأعمال التحضيرية للتقنين المدني وما دار في لجنة مجلس الشيوخ: قدمنا أن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني الجديد تنص على أنه «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلاً». وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذي قدمناه في عهد التقنين السابق. ولكن لجنة مجلس الشيوخ، عندما نظرت المشروع، انقسمت إلى رأيين (٢):

(الرأي الأول) ذهب إلى حذف هذه النصوص جملة واحدة، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن، إذ تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفاة تستر رهناً حيازياً عقارية، حتى أن المشرع في سنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفاة إذا ستر رهناً كان العقد باطلاً بوصفه بيعاً أو رهناً. وقد دلت أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي: (١) أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية، وهو في الحقيقة يهدف إلى تحقيق أحكام الرهن من أيسر السبل. فنظام الرهن بنوعيه يفتني عنه، وبخاصة رهن الحيازة. (٢) أن هذا النظام يقضي على ميزة حماية الملكية الصغيرة المتمثلة في قانون خمسة أفدنة، فيستطيع المرابي عن طريق بيع الوفاء أن يشتري أرض الفلاح الصغير وتخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع، وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهي لا تزيد على خمسة أفدنة. (٣) أن بيع الوفاء يدفع صغار

= رسم الإيداع. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري وفاقياً قد رفض قبول عرض الثمن والملحقات بغير مسوغ قانوني، فإن قيام ورثة البائع بخصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض لا يؤثر في صحة العرض والإيداع (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩).

(١) ولا يشترط جنيته بالفعل.

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٨ ص ١٧٦.

لاك إلى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها ، والغالب أنهم يعجزون عن ذلك، ضيع عليهم أموالهم بأبخص الأثمان. (٤) أن البائع في البيع الوفاي لا يستطيع أن يبيع له مرة ثانية بيعاً باتاً، ويستطيع ذلك في الرهن.

(والرأي الثاني) ذهب إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء، لأن في حذف هذا النوع من بيعوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التي جرى عليه العمل. وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفاي يستر رهناً، لأن المشتري في بيع الوفاء الحقيقي يطمع بعد انقضاء المدة في أن يكون مالكا ملكاً باتاً والبائع يطمع في أن يسترد ملكه، فإذا حرم البائع من هذا التصرف وألجأت عليه الحاجة وكان من صفار الملاك اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً. وما دام القانون قد وضع الضمانات التي رآها كافية لحفظ الملك لصاحبه إذا رد الثمن، فلا محل لحذف بيع الوفاء.

وقد قيل من جانب الحكومة في لجنة مجلس الشيوخ، تأييداً للرأي الثاني، إنه يجب الإبقاء على بيع الوفاء، لأن العمل أثبت الحاجة إليه. وفي الإمكان، حماية لصفار الملاك والفلاحين، الكشف عن البيوع الوفايئة الساترة الرهون ومحاربتها، كما فعل المشرع المصري في سنة ١٩٢٣. وأما ما قيل من أن البائع في البيع الوفاي لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً فمردود، لأنه يستطيع بيع حقه المعلن على شرط واقف وهذا لا يختلف كثيراً عن بيع ماله المرهون مثقلاً بالرهن. والقائلون بإلغاء البيع الوفاي لم يشبوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرورة أكثر من نفعه. ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة إلى أن حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيمياً تشريعياً، وهذا وضع أسوأ. وليس أمام اللجنة إلا أحد طريقين: إما أن تبقى بيع الوفاء فتستبقى تنظيمه التشريعي، وإما أن تحرمه فتص على ذلك نصاً صريحاً.

وقد رأت اللجنة تأجيل البت في المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والمحامين في شأنها. ثم أعادت اللجنة النظر فيها، ورأت حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريمه، لأن عدم النص على هذا التحريم يدع للناس مجالاً للتعامل به مستهدين فيه بتطبيق القواعد العامة.

وجاء بعد ذلك في تقرير لجنة مجلس الشيوخ، تلخيصاً لما دار في المسألة من مناقشات، ما يأتي (١): «تناولت اللجنة بيع الوفاء، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، تبدأ ستاراً لرهن، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس. والواقع أن من يعتمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل عادة على ما

يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة. ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد. ولكنه قل أن يحسن التقدير. فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته، وتحمل غيباً ينبغي أن يدرأه القانون عنه. ولذلك روى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور. وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل مهما، دون أن يتسع المجال لقبين قلما يؤمن جانبهم».

٨٧- ما الذي يترتب على بطلان بيع الوفاء: فبيع الوفاء إذن، في التقنين المدني الجديد، باطل. ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص (م ٤٦٥ مدني)، كما يمكن القول إن البطلان هنا راجع إلى أن المشرع قد استحدث تغييراً في نظره إلى النظام العام، فوجد أن بيع الوفاء - ويقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع - أمر مخالف للنظام العام، فيكون باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان (١) (١).

وأحكام هذا البطلان هي الأحكام التي تقررها القواعد العامة. فهو بطلان مطلق، لا تلحقه الإجازة (٢)، ولا يرد عليه التقادم (٣)، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له

(١) على أن القول بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضي أن يكون النص القاضي بالبطلان أثر رجعي، فيسرى على بيوع الوفاء التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. فالأولى إذن أن يقال بأن قاعدة البطلان، وإن كانت تمت للمصلحة العامة، لا تعتبر من النظام العام، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص في القانون (أنظر ما يلي فقرة ٨٩).

(٢) اعتبار التصرف بيعاً وفاي شرطه انجاء إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، إدراج هذا الحق في ورقة لاحقة جائز. بشرط المعاصرة الذهنية. الره. بطلان البيع بطلاناً مطلقاً. جواز إثباته بكافة طرق الإثبات.

(جلسة ١٩٩٧/٤/٣ الطعن ١٣٩٧ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٤ الطعن ٢٤١٢ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ١٤٤)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٩١٨)

(٢) أساس بطلان البيع الوفاي الذي يستر رهناً أنه غير مشروع ومن ثم لا تلحقه الإجازة ولا يترتب عليه أي أثر سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير فيبقى المبيع على ملك البائع ويكون له أن يسترده.

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعن ٢٤٤، ٩٥٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن ٦٢٤ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ الطعن ٢٢٢ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ٧٨٨ لسنة ٤٨ق ص ٣٢ ص ١٩٤٨)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧ الطعن ٥٨ لسنة ٣٤ق ص ١٨ ص ٩١٨)

(٣) متى كانت محكمة موضوع قد قضت ببطلان عقد البيع لما ثبت لديها أنه كان مقصوداً به =

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩.

مصلحة فيه، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. ولا يترتب عليه أثر^(١)، لا فيما بين المتعاقدين، ولا بالنسبة إلى الغير، وفقاً للتفصيلات التي أوردناها عند الكلام في البطلان في الجزء الأول من الوسيط. فيجب على المشتري رد المبيع وثمراته إلى البائع، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات المافعة، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن. ويجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق. ولا يكون المبيع مثقلاً بأي حق غني لضمان رد الثمن، فإن بيع الوفاء جعله القانون باطلاً باعتباره بيعاً أو رهناً. وإذا كان قد سبق تسجيله، فعند تقرير البطلان يؤثر بذلك على هامش التسجيل.

وفي الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء، إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو رهن، اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجرى عليه حكمه. أما إذا تصرف البائع في المبيع، فتصرفه صحيح لأنه هو المالك. وإذا انقضت المدة المحددة للاسترداد ولم يسترد البائع المبيع، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع^(٢). أما إذا استرد البائع المبيع في المدة المحددة، فلا عبرة بهذا الاسترداد، ويرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول.

ولا يصلح بيع الوفاء، وهو بيع باطل، أن يكون سبباً صحيحاً للتقادم القصير. على أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية، ملكها المشتري الثاني في المنقول بالحيازة، وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه.

٨٨- تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ: ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعاً معلقاً على شرط فاسخ، وكان دون سائر البيوع المعلقة على شرط فاسخ بيعاً باطلاً في التقنين المدني الجديد، لذلك أصبح تمييزه عن هذه البيوع وتحديد منطقته أمراً بالغ الأهمية، حتى يختص هو وحده بالبطلان.

«إخفاء رهن فإن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت وقت التعاقد إلى الرهن لا إلى البيع كما يكون وضع يد المشتري وفاء هو سبب الرهن دون أي سبب آخر فتنتفي نية التملك منذ البداية ويصبح وضع اليد قائماً على سبب وقتي ومعلوم لا يؤدي إلى اكتساب الملكية مهما طال أمده إلا إذا حصل تغيير في سبه.

(جسمة ١٩٨١/٥/٦ الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٣٨٨)

(١) ولا يمكن حمل بيع الوفاء على أنه يستر في الحقيقة رهناً فتجرى أحكام الرهن، فالعقد السائر هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يستر أي تصرف آخر، وقد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلاً سواء باعتباره بيعاً أو رهناً (أنظر الأستاذ عبد المعظم البدرأوى فقرة ٥٦).

(٢) وقد يبقى المشتري واضعاً يده على المبيع، كمالك ملكاً باتناً، بعد انقضاء مدة الاسترداد. ويستطيع في هذه الحالة أن يملك المبيع بالتقادم الطويل، دون التقادم القصير كما سيأتي.

ولا صعوبة في تمييز الشرط الوفاي عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بإرادة البائع. ذلك أن الشرط الوفاي هو شرط يتعلق حتماً بإرادة البائع، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته في الاسترداد. فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفاقياً، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً. مثل ذلك أن يبيع موظف داراً له في الاسكندرية، ويعلق البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكنائها، فالبيع هنا معلق على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً. وإذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج، فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وإرادة الزوجة، فلا يكون شرطاً وفاقياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً.

وبدق الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع. فهناك شرط متعلق بإرادة البائع وليس شرطاً وفاقياً فيبقى معه البيع صحيحاً، وشرط متعلق بإرادة البائع وهو شرط وفاقى فيبطل معه البيع. ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتي: في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسحه من الوقت يتروى فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط^(١)، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معه البيع. وفي أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الثمن، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفاقياً فيبطل ويبطل معه البيع. فالشرط الصحيح هو ما كان للتروى، والشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد المبيع.

ويمكن أن نتصور، بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلاً، أن تتحايّل الناس لتجنب هذا الحكم بإحدى وسيلتين^(٢): (١) يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتناً، ثم يبيع المشتري بعقد جديد نفس العين للبائع معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يسترد الثمن والمصروفات في مدة معينة. (٢) يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتناً، ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقد ثان، ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقد ثالث معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يرد

(١) أما البيع بشرط التجربة، فقد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كما سبق القول، ولكن الشرط هنا لا يتعلق بإرادة البائع بل بإرادة المشتري، والقول فيه على كل حال للخبراء لا للمشتري في إحدى صورتيه.

(٢) وهناك وسيلتان أخريان لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ إليهما، إذ تقعان مباشرة تحت حظر القانون. الوسيلة الأولى أن يرهن المالك العين عند الدائن، ويشترط الدائن أم يملك العين إذا لم يستوف الدين في الميعاد، فيصل بذلك إلى النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء. وهذه الطريقة حرمها القانون بنص صريح، هو المادة ١٠٥٢ مدني في الرهن الرسمي والمادة ١١٠٨ مدني في الرهن الحيازي. والوسيلة الثانية أن يعهد المتعاملان إلى إخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفاقى، ويحرران بالشرط الوفاي ورقة ضد فيما بينهما وقد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات. وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدني السابق عن هذا التحايل، وأوردنا أحكاماً كثيرة تقضي بأن البيع في هذه الحالة يعتبر بيعاً وفاقياً، عاصر فيه الشرط الوفاي البيع ولو معاصرة ذهنية.

البائع الثمن والمصرفات في خلال مدة معينة. وتمتاز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى في أنه قد توسط أجنبي ما بين البائع والمشتري، فجعل الشبهة أبعد^(١). وعندنا أنه إذا اشتبه القاضى في حقيقة البيع هل هو بيع وفائي فيبطله، وجب عليه ألا يقف عند تكيف المتابعين للعقد، بل يحلل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الغرض من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فإذا لم يرد خلصت ملكية المبيع للمشتري، فعند ذلك يكون التصرف سائراً لبيع وفاء ويجب عليه الحكم ببطلانه^(٢). ومما يعينه على تبين ذلك القرائن التي كانت في عهد التقنين المدني السابق تتخذ دليلاً على أن العقد رهن لا بيع وفاء. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد - وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع، وكانت تقضى بما يأتي: ١- إذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقارياً، كان العقد باطلاً بوصفه بيعاً أو رهنًا. ٢- ويعتبر بيع الوفاء سائراً لرهن حيازي إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا

(١) وهناك صورة يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء، وإن كانت بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ويتحقق الشرط بإرادة البائع: يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن أو بقسط منه في الميعاد المتفق عليه. وتتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بأن الثمن فيها مؤجل، أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة معجلاً أو قريب الأجل. ويكون الفسخ في هذه الصورة راجعاً إلى أن البائع لم يستوف الثمن، أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع قد استوفى الثمن ثم رده إلى المشتري.

وقد يبيع شخص عيناً لآخر، ويعلق البيع على شرط واقف هو ألا يوفى البائع ديناً عليه للمشتري. فهذا ليس ببيع وفاء، ولكنه بيع قد يخفى رهنًا اشترط فيه انتقال الملك في الرهن إلى المرتهن إذا لم يستوف الدين في الميعاد، فيكون هذا الشرط باطلاً (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٢٦).

(١) أ- من المقرر أن إخفاء الرهن وراء البيع تعد تخايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع إذ أن عقد البيع الذي يخفى رهنًا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إنما هي صورة من بيع الوفاء الذي حظره المشرع بالنص على بطلانه في المادة ٤٦٥ من القانون المدني، وهذه الصورة النسبية تثبت بالبيئة وسائر طرق الإثبات الأخرى دون التفات إلى نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان وقرارات.

(جلسة ١٩٨١/٥/٦ الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٨ ق ٣٢ ص ١٣٨٨)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ الطعن ٢٠٤ لسنة ٣٢ ق ١٧ ص ١٧٧٠)

ب- يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع مادام الثابت أن الاتفاق قد تم على الأمرين معاً في وقت واحد وأن المعاصرة الذهنية وحق البائع في الاسترداد تتحقق سواء أكانت الورقة سابقة أو لاحقة على البيع.

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨ الطعن ٩٩٩ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٧/٤/٣ الطعن ١٣٩٧ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ الطعن ٧٨٨ لسنة ٤٨ ق ٣٢ ص ١٩٤٨)

بقي المبيع في حيازة البائع بأية صفة كانت. ويجوز بأية طريقة أخرى إثبات الرهن المستتر، دون الوقوف عند الألفاظ التي وردت في العقد^(١). ونرى أن تستهدى بهذا المبدأ، ففي صورتين اللتين قدمناهما، وفيها صدر البيع معلقاً على شرط واقف إلى البائع من المشتري أو من أجنبي، إذا سلم المشتري أو الأجنبي المبيع للبائع بالرغم من أن ملكية هذا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف، أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد، أو قامت قرائن أخرى كأن يرد البائع ثمناً أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة في مدة الاسترداد في البيع الوفاي، سهل على القاضى أن يتبين أن العقد يستر بيع وفاء فيقضى ببطلانه^(٢).

٨٩- ليس للتقنين الجديد أثر رجعي: رأينا أن التقنين المدني الجديد قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصالة من غير تمييز بين بيع جدي وبيع يستر رهنًا، فهذا الحكم الجديد وإن كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام العام، فلا يكون له أثر رجعي. ويترتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق المعدل بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣، ونسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلاً إلا إذا كان بيعاً يستر رهنًا، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩^(٣).

أما بيع الوفاء التي تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدني الجديد، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهنًا^(٤).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ في الهامش.

(٢) وقد يعد المشتري البائع بإعادة بيع المبيع له إذا أبدى البائع رغبته في الشراء في مدة معينة، فمثل هذا العقد جائز. وهو يختلف اختلافاً جوهرياً عن بيع الوفاء، إذ البائع فيه قد تجرد عن ملكية المبيع تجرداً نهائياً، وليس له إلا حق شخصي قد لا يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع وذلك إذا تصرف المشتري فيه قبل أن يبدى البائع رغبته في الشراء. أما في بيع الوفاء فقد استبقى البائع على المبيع حق ملكية معلقاً على شرط واقف، وهو واقع من استرداد المبيع إذا هو استعمل حقه في الاسترداد.

(٣) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق هو بيع وفاء أبرم في يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ وانفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات. فيجوز في مثل هذا البيع للبائع أن يسترد المبيع حتى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٥٤، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصور استرداد صحيح يقع من البائع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤). ولكن يمكن تصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل في حدود هذا التاريخ، وقد يبقى النزاع سنين طويلة منظوراً أمام المحاكم ويلزمها فيه تطبيق أحكام التقنين المدني السابق.

(٤) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩.

٤- البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن أو الإيجار السائر للبيع*

(vente à tempérament - location - vente)

٩٠- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

٢- فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقد أن يتفقاً على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يحفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤.

٣- فإذا ما وفيت الأقساط جميعاً، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع.

٤- وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً^(١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص.

وقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة

* بعض رسائل حديثة في الموضوع: هاير (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فيدور (Fedor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - مانيو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ - ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - سجانيك (Sganek) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - يونغ (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ليستر (Le Mestre) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - روسو (Rousséau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - فيلوتريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتقسيط رسالة من باريس سنة ١٩٣٦. (أنظر في هذا بلانول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٦ هامش رقم ١).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدي. وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتي: «إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي الثمن كله، حتى لو تم تسليم المبيع»، أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد إلا في بعض فروق لفظية. وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي، وأصبح رقمه المادة ٤٤٣ في المشروع النهائي. وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الأولى إلى النص الذي استقر في التقنين المدني الجديد، لأن نص المشروع يوهم أن الملكية لم تنتقل بناتاً من البائع إلى المشتري، مع أن الواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري معاً على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى بوضوح. وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة «عد الشك» حتى يكون العقد قاطعاً في أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته. ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٤٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٧ ص ٤٨ و ٥٠ ص ٥١).

٣٩٨- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٩- وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣٤- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد مقابل للنص^(١).

٩١- تطبيقات عملية: يقع كثيراً أن يبيع شخص عيناً بثمن مقسط، وحتى يستوفى من أن المشتري يوفى الثمن ويحجز من إعماله يشترط أن يحتفظ بملكية البيع فلا تنتقل بآلة إلى المشتري حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن. وأكثر ما يقع ذلك في بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والآلات الكاتبة والبرادات (الثلاجات) والغسالات ونحو ذلك من المنقولات. وقد يقع أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والدور والفيلا. فيجمع إلى أصل الثمن فوائد، ويقسم المجموع أقساطاً متساوية على عدد من الشهور أو السنين، إذا وفاها المشتري جميعها خلصت له ملكية المبيع^(٢).

وأول صورة لهذا البيع كانت هي البيع بالتقسيط (vente à tempérament). ثم تدرج التعامل من هذه الصورة إلى صورة الإيجار السائر للبيع (location vente). وهو الآن في سبيله إلى التدرج نحو صورة ثالثة هي الإيجار المقترن بوعد بالبيع (location vente complétée par une promesse de vente). ونستعرض هذه الصور الثلاث التي وقف منها التقنين المدني الجديد عند الصورتين الأولىين، لأنهما هما الصورتان، الأكثر انتشاراً.

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدني السوري ٣٩٨م (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١ - فقرة ٩٣).

التقنين المدني الليبي ٤١٩ (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي ٥٣٤م (متفقة مع نص المشروع التمهيدي للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري والأحكام واحدة في التقنين - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢ - فقرة ٥٩ و فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: ليس فيه نص مقابل، ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بأحكامه في لبنان.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «تجيز المادة أن يشترط البائع، إذا كان الثمن مؤجلاً، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفي كل الثمن، حتى لو سلم المبيع قبل ذلك. وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلعها بالتقسيط - كالآلات وعربات النقل وكالأراضي التي تباع بأثمان مقسطة - فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفي الثمن أبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩).

وأنظر في الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية لهذا البيع، وفي انتشاره في أمريكا، وفي أنه يهيئ السبل لنزول الموارد المحدودة إلى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب الدفع فوراً، ولكنه يخلق في الوقت ذاته حاجات جديدة للناس، ويدفع التاجر إلى رفع سعر السلعة حتى يواجه احتمال إعمال المشتري وبخاصة في أوقات الانكماش الاقتصادي. جوسران ٢ فقرة ١٠٢٢ - فقرة ١٠٢٣.

اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عيناً من التفليسة.

وإذا تحقق الشرط، ووفى المشتري بالثمن، فقد صار مالكا للمبيع هو وثمراته منذ البداية، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعي. أما إذا تخلف الشرط، وتأخر المشتري عن دفع الثمن، فإن ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعي لعدم تحقق الشرط^(١)، وتعود الملكية بآلة إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن. ولا يحتاج البائع في ذلك إلى حكم بزوال البيع، فإن تخلف الشرط الواقف وحده كاف في ذلك وفقاً للقواعد المقررة في الشرط^(٢). وللبائع في هذه الحالة أن يطالب

= الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٦١ - ٦٢ وفقرة ١٨١ - بلاتبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - أنسكلويدى دالوز ٣ لفظ location- vente فقرة ٢٨ - فقرة ٣٠.

(١) زوال ملكية المشتري لعدم تحقق الشرط الواقف هو التعبير الصحيح، والتعبير في هذا المقام بلفظ «الزوال» أدق من التعبير بلفظ «الفسخ» الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني.

(٢) على أنه من الممكن القول بأن البائع بالخيار، فإذا أن يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلف فزال البيع كما قدمنا، وما أن ينفذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع بالذات حق امتياز البائع. وإمكان اختياره للتنفيذ بباقي الثمن يؤسس على أنه قد نزل عن الشرط وهو مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه. وقد يقال أيضاً إن للبائع أن يعتبر تخلف الشرط الواقف راجعاً إلى عدم المشتري فقد امتنع عن الوفاء بالثمن، فيكون الشرط في حكم المتحقق ويصبح البيع باتاً ويجوز للبائع أن ينفذ الباقي من الثمن.

وتصرح المذكرة الإيضاحية بجواز أن يطالب البائع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة بفسخه (الأدق: بدلا من المطالبة بزواله) فتقول: «رغى عن البيان أن البائع يستطيع، بدلا من المطالبة بفسخ البيع، أن يطالب بتنفيذ العقد، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩). والفقه المصري أيضاً يقول بذلك: أنظر الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٦١ ص ٨٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٤٧.

وعلى هذا الرأي أيضاً سار القضاء. فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للبائع أن يطالب بتنفيذ البيع مع احتفاظه بشرط استبقاء الملكية (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦ - ولكن قارن ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢). وإذا طلب الفسخ لم يحتفظ بما قبض من أقساط ولكن له أن يطلب تعويضاً يراعى فيه قيمة الشيء وقت استرداده (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ وقد سبقت الإشارة إليه)، فإذا حجز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد نزل عن حقه في استبقاء الملكية (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٤٦). على أن مجرد حصول البائع على حكم بالباقي من الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط استبقاء الملكية (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٥). فإذا اختار تنفيذ الحكم بالباقي من الثمن لم يجز له الرجوع إلى المطالبة بفسخ البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٦). ولا يجوز له اتخاذ إجراءات التنفيذ وإجراءات الفسخ في وقت واحد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٠). ولكن التنبيه لا يعتبر حتماً نزولاً عن طلب الفسخ، فللبائع المدول عن التنبيه بالدفع إلى طلب الفسخ (استئناف =

المشتري بتعويض، ويغلب أن يكون قد اشترط في عقد البيع أن يكون التعويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاه. ويعتبر هذا الشرط شرطاً جزائياً تسرى عليه أحكام الشرط الجزائي، وأهم هذه الأحكام - وهو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني - أنه يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه. ويكون مبالغاً فيه إذا كان المشتري قد وفى عدداً كبيراً من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يريد كثيراً على الضرر الذي لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن^(١). ففي هذه الحالة يحكم للقاضي بإرجاع بعض هذه الأقساط إلى المشتري، ويحتفظ البائع من الأقساط التي استوفاهما بما يكفي لتعويضه^(٢).

٩٣ - الإيجار السائر للمبيع: وحتى يتجنب البائع المحظورين اللذين أشرنا إليهما - عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من تفليسة المشتري - يعمد في كثير من الأحيان أن يخفي البيع بالتفسيط تحت ستار عقد الإيجار، فيسمى البيع إيجاراً. وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد، حتى هذه الملكية المعلق على شرط واقف والتي كانت هي المانعة من اعتبار المشتري مبدداً ومن استرداد البائع للمبيع من التفليسة. فيصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار، ويصفان أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة، ثم يتفقان على أنه إذا وفى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع بآلة

= مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٢٨ ص ٢٤٠). أما توقيع الحجز فيعتبر نزولاً عن المطالبة بالفسخ (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه).

أما في فرنسا فيجوز القضاء والفقه، في الإيجار السائر للمبيع، أن يعدل المستأجر عن الصفقة، فيرد الشيء إلى المؤجر، ويعتبر الأقساط التي دفعها أجرة في مقابل انتفاعه بالشيء، ولا يستطيع المؤجر إجباره على المضي في الصفقة ودفع بقية الأقساط ليتحول الإيجار بيعاً (نقض مدني فرنسي أول يوليو سنة ١٩٢٥ م ١٩٢٦ - ١ - ٢٦١ - أنسكلويدى دالوز ٣ لفظ location- vente فقرة ١٧).

(١) ويبدو أنه ما دام التخفيض جائزاً تبعاً لجسامة الضرر، فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطاً لاستحقاق البائع أى جزء من الأقساط المرفوعة، فإن لم يصبه أى ضرر وجب عليه رد كل الأقساط (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٩ - ص ٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٧٩ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٠).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وتجيز المادة أن يشترط البائع، في حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك، أن تستبقى الأقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) على سبيل التعويض. إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي، وأجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد التي قررت في هذا الشأن (٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع)، حتى يمنع التسقف الذي يقع في هذه الأحوال. فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقي منها، ويحتفظ بكل الأقساط التي استوفاه، وفي هذا عنت على المشتري يستطيع القاضي أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائي وقضي بأن يرد للبائع بعض هذه الأقساط. وغنى عن البيان أن البائع يستطيع، بدلا من المطالبة بفسخ البيع، أن يطالب بتنفيذ العقد، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩).

إلى المشتري. وحتى يحكما ستر البائع يتفقان في بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط، فتكون الأقساط التي يدفعها المشتري هي أقساط الأجرة لا أقساط الثمن، فإذا وفاها جميعاً ووفى فوق ذلك مبلغاً إضافياً يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعاً باتاً.

ويحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه: (١) فهو أولاً وصف البيع بأنه إيجار، وسلم العين للمشتري على اعتبار أنه مستأجر، فإذا تصرف المشتري فيها وهو لا يزال مستأجراً أى قبل الوفاء بالثمن، فقد ارتكب جريمة التبيد ومن ضمن عقودها الإيجار. (٢) وهو ثانياً قد أمن شراً إفلاس المشتري، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً، فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية باتة، فيستطيع أن يسترده من تغطية المشتري (١) (١).

ولكن بالرغم من تذرع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع، فإن الغرض الذي يرميان إلى تحقيقه واضح. فقد قصدا أن يكون الإيجار عقداً صورياً يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط، والمبلغ الإضافي الذي جعله المتعاقدان ثمناً ليس إلا ثمناً رمزياً والثمن الحقيقي إنما هو هذه الأقساط التي يسميها أجرة. ومن ثم قضت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدني بأن أحكام البيع بالتقسيط تسري على العقد ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (٢). ويترب على ذلك أن الإيجار السائر للبيع يعتبر بيعاً محضاً، وتسري عليه أحكام

(١) أما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المشتري، فإنه يهلك من مال البائع. ويستوى في ذلك أن يعتبر العقد إيجاراً إذ البائع يكون مؤجراً فهو المالك للشيء فيهلك عليه، أو يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف إذ الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع، ولا يكون لتحقيق الشرط الواقف أثر رجعي وفقاً للقواعد المقررة في الشرط (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٤ ص ١٧٣ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٩١ ص ١٢٩).

وبلاحظ أنه إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف وهلك المبيع، فإنه يهلك على البائع، حتى لو كان قد سلم المبيع إلى المشتري فهلك بعد التسليم. ويتحقق ذلك في صورتين عمليتين: البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط.

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٨ و ص ٧٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٢٩ و فقرة ١٧ ص ٢٧ - الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٥٠ ص ١٣١ - ص ١٣٢ الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٦٤ ص ٩٦ - ص ٩٧ و فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦.

(١) متى كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن الأول أجبر إلى الطاعنين الثاني والثالث السيارة التي صدمت مورث المطعم عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجرين بعد دفع كل الأقساط - عقد اجارة المبيع - وكان الحكم المطعون فيه اذ حمل ذلك الطاعن المسؤولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثاني والثالث قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائفاً من نصوص العقد من أنه ما زال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الاشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذاك، وتسبب بخطئه في وقوعه، كان هذا الذي أورده الحكم كافياً لحمله ومؤدياً إلى ما انتهى إليه ومن ثم يكون النعي عليه بالقصور على غير أساس.

(جلسة ١٩٥١/٥/٢٤ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً ٤٢ ص ٩٧٤)

البيع بالتقسيط التي ذكرها (١). وأهمها أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط واقف منذ إبرام العقد. وانتقال الملكية إلى المشتري على هذا النحو يترتب عليه أنه إذا تصرف المشتري في المبيع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبدداً (١)، وأنه إذا أفلس

(١) وقد حسم التقنين المدني الجديد كما نرى الخلاف في هذه المسألة بصر صريح. فقد كانت مسألة خلافية في عهد التقنين المدني السابق. فذهب رأى إلى أن العقد إيجار مقترن بشرط فاسخ ومصحوب ببيع معلق على شرط واقف (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٨). وأنظر في انتقاد هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٢ - ص ٢٣). وذهب رأى إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد، نقل الملكية إلى المشتري وتأمين البائع من إفساره، ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين دون أن نشوه لإرادة المتعاقدين، ومن ثم يكون العقد عقداً غير مسمى (رسالة الأستاذ الشيتي فقرة ٦٥ ص ٨٦). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقة العقد بيع لا إيجار (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧)، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١ - ٢٥ يناير ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٣٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٤). ويجب أن يكون العقد واضحاً في أنه بيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن، فلا يتضمن شروطاً متعارضة (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٩ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦)، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقي من الأقساط إذا تأخر المشتري في دفع قسط (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ وقد سبقت الإشارة إليه). ولا يجوز للبائع، إذا تأخر المشتري في الدفع، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضاء ولو كان ذلك مشروطاً في العقد وأن يحتفظ في الوقت ذاته بالأقساط المدفوعة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٢). وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية، منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة عقاراً بالتخصيص في أرض المشتري (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧). وللبائع المحتفظ بملكية المبيع، إذا تأخر المشتري في دفع الأقساط، أن يحجز على المبيع حجزاً استحقاقياً (saisie-revendication) (استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٦).

وذهبت محكمة النقض إلى أن تكييف للعقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد مستهدية بنصوص العقد. فقضت بأن التكييف القانوني للعقود المصطلح على تسميتها في فرنسا باسم location-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والفقهاء، فإذا اعتبر قاضي الموضوع عقداً من هذا القبيل عقد بيع، مستهدياً في ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تخيف لأي نص من نصوصه ولا نسخ لحكم من أحكامه، بل كل ما فعل إنما هو تغليب لمعنى من المعاني الواردة به على معنى آخر، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى إقرار ما ذهبت إليه (نقض جنائي ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦).

(١) لا يعتبر المشتري بتصرفه في المبيع مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة لتحلف ركبها الأساسي وهو تسليم الجنائي المال بموجب عقد من عقود الأمانة التي عدتها المادة ٣٤١ من قانون العقوبات، ولكنه يعتبر مرتكباً للجريمة المنصوص عليها في المادتين ٤٢، ٤٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ الخاص ببعض البيوع التجارية (تقابلها المادة ٣٠١/١٠٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة -

المشتري^(١) لم يستطيع البائع أن يسترد المبيع من التفليسة^(٢).

٩٤- الإيجار المقترن بوعده بالبيع: وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلاً في عقد الإيجار، فيصدر العقد على أنه إيجار محض، ولكنه مقترن بوعده بالبيع من المؤجر إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار. وترى في هذه الحالة التمييز بين فرضين.

(الفرض الأول) أن يكون المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ البداية. وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار وقد يضاف إليها مبلغ رمزي. ففي هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً، ويعتبر المشتري مالئاً تحت شرط واقف^(١)، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف في

(١٩٩٩) إذ قضت المادة ٤٥ على عقاب من يخالف حكم المادة ٤٢ التي حظرت على من يشتري سلعة بالتقسيط أن يتصرف فيها بغير إذن سابق من البائع. (جلسة ١٩٧٨/١١/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٨٠٦).

(١) لكن إذا حجز دائنو المشتري على العين، فإن البائع يستطيع أن يفسخ البيع، كما أن له حق امتياز على العين يتقدم به على دائني المشتري. أما إذا اعتبر البائع مؤجراً، فإنه يبقى مالئاً للعين، ويكون الحجز الموقع من دائني المستأجر حجزاً باطلاً (أنسكلويدي دالوز ٣ لفظ location-vente فقرة ٣٣-٣٤). فإذا كان دائن المشتري هو مؤجر المكان الذي وضعت فيه العين، فإن له امتيازاً يسبق امتياز البائع ولو اعتبر هذا البائع مؤجراً، إذ القاعدة أن مؤجر المكان له امتياز على المنقولات في العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المنقولات ملكاً للغير ما دام المؤجر حسن النية (أنسكلويدي دالوز ٣ لفظ location-vente فقرة ٣٥).

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وقد حسم المشروع إشكالا بإبراده هذا النص، فقد جرت العادة أن البيع الذي يرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً إمعاناً من البائع في ضمان حقه، إذ هو بذلك يستوفي الأقساط أجرة لا ثمناً، وإذا ما تصرف المشتري في المبيع عد هذا منه تبديداً. فأقر المشروع الأمور في نصائهما، وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر، فهذا العقد بيع لا إيجار، ويعتبر معلقاً على شرط واقف هو سداد الأقساط جميعها، فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسجة إلى وقت البيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩-٥٠).

أما في فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذي أورده التقنين المدني المصري الجديد مقتبساً إياه من المادة ٤٤٥ من التقنين المدني الألماني والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسي الإيطالي (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) - فيعتبر الإيجار السائر للبيع إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولكنه بالنسبة إلى دائني المشتري يعتبر بيعاً فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المشتري (أنظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤٣٥ - فقرة ٢٤٣٦ - أنسكلويدي دالوز ٣ لفظ location-vente فقرة ١٠ - فقرة ٣٥).

(١) وعند تأمين المشتري على السيارة المبيعة مع الاحتفاظ بحق الملكية فإنه الذي يستحق قيمة التالف دون البائع حتى ولو كان الأخير هو المستفيد في عقد التأمين، إذ أن ذلك لا يخوله إلا قبض قيمة التأمين في حالة الهلاك الكلي، وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كانت قيمة إصلاح الأضرار التي سببها الحادث هي من حق المؤمن له الذي صدرت الوثيقة باسمه وقام بسداد أقساط التأمين =

المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تفليسة المشتري^(١).

(الفرض الثاني) أن يعقد المتعاقدان إيجاراً جدياً يقترن به وعد بالبيع. فيؤجر المالك داراً أو سيارة لأخر مدة معينة بأجرة تدفع أقساطاً، ويعد المالك المستأجر في عقد الإيجار بأن يبيع منه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته في شرائها في خلال مدة الإيجار. ويكون للعين الموعود ببيعها ثمن جدي مستقل عن أقساط الأجرة، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين^(٢)، وتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط لأجرة حقيقية وليست أقساط الثمن. ففي هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط، فلا تنتقل الملكية إلى المستأجر، وإذا تصرف المستأجر في السيارة التي استأجرها كان مبدداً، وإذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تفليسته. فإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين، انتهى عقد الإيجار، وتم عقد بيع بنقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة ولا يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار. وزال التزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، ويكون الثمن مضموناً بحق امتياز على المبيع.

ولأنه هو المستقل للسيارة ومن حقه أن تظل السيارة في حالة صالحة للاستعمال والاستغلال، أما الشركة البائعة فإن حقها في اقتضاء باقي الثمن إنما تضمنه السندات الأذنية الصادرة من المشتري كما تضمنه السيارة ذاتها التي احتفظت بملكيتها أما كونها هي المستفيدة عن عقد التأمين فإن ذلك لا يعطيها إلا الحق في قبض مقابل التأمين في حالة الهلاك الكلي، لما كان ذلك فإن النعي على الحكم بالقصور في التسبب يكون في غير محله.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٧٤ لسنة ٤٧ ق)

(١) أنظر عكس ذلك في فرنسا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦١. ولكن أنظر في أن العقد قد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٥ ص ٥٥٨ - وقد صدرت في فرنسا قوانين مختلفة تنظم بعضاً من هذه البيوع: أنظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ في تنظيم بيع السيارات بالتقسيط، وقد جعلت أحكامه تسري على بيع الجرارات الزراعية بموجب قانون ٢ نوفمبر سنة ١٩٤١. وأنظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ في تنظيم بيع الأوراق المالية بالتقسيط، وقانون ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ في تخريم بيع الأوراق المالية ذات «اليانصيب» (valeurs à lots) بالتقسيط لما تنطوي عليه عادة من استغلال للمشتري، وجعلت العقوبة في هذا القانون هي عقوبة النصب - وقارن في مصر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيوع التجارية، وقد خلق جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء يكامل الثمن (أنظر أنفاً فقرة ٩٢ في الهامش).

أنظر في بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع عن طريق الاشتراك (vente par abonnement) كالاشتراك في الجرائد والمجلات والمياه والغاز والورق، بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤٣٨.

(٢) الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧ ص ٢٦ - ص ٢٨.

٥- البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire command- avec déclaration de command - avec élection d'ami)

٩٥- الصور العملية لهذا البيع: يقع في العمل أن شخصاً يريد شراء شيء معين، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشترياً، إما لعدم رغبته في ذبوع الخير لسبب خاص به، وإما لخشيته من أن البائع إذا علم أنه هو المشتري يطلب ثمناً عالياً لعلمه أنه رجل ثري، أو أن له مصلحة بارزة، أو حاجة ملحة، لإنتمام هذه الصفقة. فيعمد من يرغب في الشراء إلى إخفاء اسمه، ويكلف صديقاً أو وسيطاً أن يتقدم هو لشراء الشيء على أن يشترط لنفسه حق التقرير بالشراء عن الغير. ولا تتسع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل، إذ لو أن الوسيط تقدم وكيلاً عن المشتري لانكشف اسم الموكل، والموكل يريد كتمان اسمه كما قدمنا (١)، كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار prête-nom، إذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الحقيقي كوسيط مسخر، لوقع العقد له هو، ولاحتاج في نقل ملكية الشيء لمن وسطه في الشراء إلى عقد بيع جديد برسوم جديدة، ولانتقلت الملكية إلى هذا الأخير مثقلة بالحقوق العينية والتكاليف الآتية من جانب الوسيط. لم يبق إذن إلا أن يشتري الوسيط الشيء باسمه مع احتفاظه بالحق في أن يقرر في مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن اسمه، ومتى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر، ويعتبر الوسيط نائباً عنه في الشراء. فإذا لم يعلن الوسيط اسم أحد في المدة المعينة، بقي البيع باسمه واعتبر أصيلاً في الشراء لا نائباً.

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور عملية أخرى. منها أن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شيء معين، ولا يتسع الوقت أو لا تواتي الظروف أن يطلب إليه تفويضاً في شرائه، فيقدم على شراء الشيء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير

(١) من يعبر اسمه ليس إلا وكيلاً عن اعاره وحكمه هو حكم وكيل فيمتنع عليه قانوناً أن يستأجر لنفسه شيئاً وكل في أن يحصل عليه لحساب موكله ولا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء إلا من ناحية أن وكاله مستقرة، وهو يقتضي أن تعتبر الصفقة فيما بين الموكل والوكيل قد تمت لمصلحة الموكل ولحسابه فيكسب كل ما ينشأ عن التعاقد من حقوق ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً ولا يكون له أن يتجمل بأي وسيلة للاستئثار بالصفقة دونه، ومن ثم فإذا كان التعاقد يتعلق ببيع عقار كانت الملكية للأصيل فيما بينه وبين وكيله وإن كانت للوكيل يعتبر الاسم فيما بينه وبين البائع والغير ويرجع ذلك إلى أنه مهما كان للوكيل السخرة من ملكية ظاهرة في مواجهة الكافة فأنها ملكية صورية بالنسبة للأصيل يمنع من الاحتجاج بها قبله قيام الوكالة الكاشفة لحقيقة الأمر بينهما ويتج عن هذا أن الأصيل لا يحتاج لكي يحتج على وكيله المسخر عليه بملكية ما اشتراه - إلى صدور تصرف جديد بين الوكيل ينقل به الملكية إليه - إذ يعتبر الأصيل في علاقه بالوكيل هو المالك يعبر حاجة إلى أي إجراء وإنما يلزم ذلك الإجراء في علاقة الأصيل بالغير.

(جلسة ١١/٢٦/١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٧٣)

بالشراء عن الغير، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر، فإن قبلها قرر المشتري أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر، وإلا استبقى الصفقة لنفسه. ومن صور هذا البيع أيضاً ألا يكون عند المشتري فكرة واضحة عن شخص آخر يشتري له الصفقة، فيشتري الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير، ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذي يريد الصفقة فيعلن اسمه، أو يجد الخير في استبقاء الصفقة لنفسه. ومن صور هذا البيع أخيراً صورة خاصة نص عليها تقنين المرافعات وسيأتي تفصيلها فيما يلي: ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير، يجب توافر شرطين:

(١) أن يحتفظ المشتري عند الشراء - لا بعده - بحق في التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command) (١).

(٢) أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري في خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإن لم يفعل بقيت الصفقة له. وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة، حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة لا يدري أباغ للوسيط أم باع لغيره (٢).

ويجوز أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أي بيع، سواء كان بيعاً بالممارسة أو بيعاً بالمزاد (٣). ولم يرد فيه نص في التقنين المدني المصري، ولا في التقنين المدني الفرنسي (٤)، وفي مصر تسري القواعد العامة على هذا العقد (٥)، فننظر في حكمه

(١) فيقرر أنه يشتري لنفسه أو لغيره، وقد يقرر أنه يشتري لنفسه ولغيره وهذا لا يلزمه بأن يستبقى لنفسه جزءاً من الصفقة (بودري وسينا فقرة ١٧٦ ص ١٧٠).

ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التي نص عليها تقنين المرافعات كما سنرى. (٢) بودري وسينا فقرة ١٨٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣.

(٣) بل إن هذا الضرب من التعامل بدأ في العقود بالمزاد أمام القضاء، وانتقل منها بعد ذلك إلى العقود بالممارسة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨). وكانت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قديم لها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢٥ ص ٢٥). ولكنه يجوز في كل البيوع، الاختيارية والجبرية، غير القضائية والقضائية (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ - وانظر في أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار إليه إنما يجمع التقرير بالشراء عن الغير في البيوع غير القضائية إذا لم يوجد شرط بذلك في البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٥٥٠ هامش رقم ٣).

(٤) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة، صدرت أثناء الثورة الفرنسية، ذكرت هذا البيع. وكان معروفاً في القانون الفرنسي القديم، وله تقاليد قديمة، فنظمت تشريعات الثورة الفرنسية، واستكمل تنظيمه لريبير وبولانجييه فقرة ٢٣٢٨ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ - جوسران ٢ فقرة ٢١٣ - بلانيول (٥) فيما عدا الصورة الخاصة التي عرض لها تقنين المرافعات في المادة ٤٤٤ (تقابلها ٦٧٠ مرافعات قديم) وسيأتي ذكرها - وانظر في جواز التعامل بهذا البيع في مصر جوائمولان فقرة ٢٢٢ الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٥٠٠ ص ٥٥١.

قبل التقرير بالشراء عن الغير، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير، وما هي الآثار التي تترتب عليه إذا وقع أو إذا لم يقع.

٩٦- حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير: ينعقد البيع صحيحاً بالشرط المتقدم الذكر. وقبل أن يستعمل المشتري حقه في التقرير بالشراء عن الغير وإعلان اسم هذا الغير، وفي خلال المدة التي عينت لهذا التقرير، يكون البيع موصوفاً بالخصوصية الآتية: المشتري للصفقة قد يكون هو الذي تقدم للشراء وقد يكون شخصاً آخر سيعلمه هذا المشتري في الميعاد المحدد. فالمشتري إذن شخص تخيري^(١)، إذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام إلى طرف الالتزام، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محتفظاً بهذا الحق، فيكون إما هو ذاته أو يكون شخصاً آخر يعلن اسمه في خلال المدة المتفق عليها.

وليس من تقدم للشراء مجبراً، بطبيعة الحال، على التقرير بالشراء عن الغير، فهذا حق احتفظ به لنفسه، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة^(٢). وهو في هذا ليس في حاجة إلى أن يتقدم بتقرير يبين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه، بل يكفي أن يدع الميعاد المحدد ينقضي دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر، فيكون هو المشتري على وجه بات. ويجوز له أن يتصرف في المبيع، فيبيعه أو يرهنه أو يرتب عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك، ويحمل تصرفه في هذه الحالة على أنه قرر ضمناً أن يستبقى الصفقة لنفسه، لأنه لا يفعل ذلك إلا إذا كان مالكا للمبيع^(٣). ولكن أعمال الإدارة - كأن يرم

(١) أنظر كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨.

(٢) ومن أجل هذا لا يعتبر من تقدم للشراء وكيلاً عادياً، لأن الوكيل لا يستطيع أن يحتفظ بالصفقة لنفسه، إذ هي تقع مباشرة لموكله. بل ليس ضرورياً لمن تقدم للشراء، إذا أراد أن يكون وكيلاً، أن تكون الوكالة قد صدرت إليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل العادي (بودري وسينيا فقرة ١٧٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير، غير جار على إطلاقه. فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والافتراض التي تترتب عليه تنافراً، فاستناد ملكية المشتري المستتر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً. ولكن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبوا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستتر إلى العقد الأول، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع. أما قبل ذلك، أو إذا لم يعمل هذا الحق، أو إذا أعمله بعد هذا الميعاد، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ - وقد سبق ذكر هذا الحكم آنفاً عند التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة انظر فقرة ١١ في الهامش).

(٣) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٢ هامش رقم ٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٨٦ ص ٥٤٦.

المبيع أو يوجره أو يودعه - لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق في التقرير بالشراء عن الغير، لأن القيام بأعمال الإدارة لا يتنافى مع الاحتفاظ بهذا الحق^(١).

٩٧- كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير: فإذا لم يرد المشتري أن يستبقى الصفقة لنفسه، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذي اشترى له الصفقة. وليس لهذا التقرير شكل خاص، فيكفي أن يخطر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين ويذكر اسم هذا الشخص. ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الإخطار منه وفقاً للقواعد العامة، فإذا كان الثمن يزيد على خمسمائة جنيه وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. فيحسن إذن أن يكون الإخطار بالكتابة، بكتاب مسجل أو بانذار على يد محضر، حتى يتوفر للمشتري وسيلة قوية للإثبات.

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير في الميعاد المتفق عليه. فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل إلى علم البائع تقرير من المشتري، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائياً للمشتري، وكان هذا هو المسئول عن التزامات المشتري وله جميع حقوقه، حتى إذا أعلن المشتري اسم شخص آخر بعد انقضاء المدة، عد هذا الإعلان منه بيعاً جديداً إذا قبله الشخص الآخر^(٢).

وإذا أعلن المشتري اسم الشخص الذي اشترى له في الميعاد، فإذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشتري على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر. وإذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة، فعند ذلك يجب أن يصدر منه قبول، لأنه لا يجبر على أن يحل محل المشتري دون قبول منه. لذلك يجوز للبائع، بعد أن يصله تقرير المشتري بالشراء عن الغير، أن يطلب من المشتري إثبات قبول هذا الغير للصفقة، قبولاً سابقاً أو قبولاً لاحقاً. فإذا لم يستطع المشتري إثبات ذلك، فإن تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثراً، وتقع الصفقة له هو لا للغير^(٣).

وإذا قرر المشتري أنه اشترى لشخص معين على النحو المتقدم الذكر، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن ونفس شروط البيع الذي تم. فإن اختلف الثمن أو اختلفت الشروط، كان التقرير بيعاً جديداً صادراً من المشتري للغير إذا قبله هذا، ووجب دفع رسوم جديدة، وتنتقل الملكية فيه من المشتري إلى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشتري^(٤).

(١) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٤.

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٧٧.

(٣) وإذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الأهلية، ولم تلحق الإجازة قبوله فأبطل، وقعت الصفقة للمشتري الظاهر، وهناك رأي مرجوح يذهب إلى أن البيع نفسه يبطل (بلاتويل وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥).

(٤) بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤.

وقد يعلن المشتري، لا شخصاً واحداً تقع له الصفقة، بل شخصين أو أكثر، فتقع الصفقة لهؤلاء الأشخاص المتعددين^(١). وقد يستبقى جزءاً من الصفقة لنفسه، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقي من الصفقة^(٢).

٩٨- حكم البيع بعد التقرير بالشراء عن الغير: فإذا قرر المشتري أنه اشترى للغير، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول، واعتبر أنه هو المشتري مباشرة من البائع، وأن المشتري الظاهر لم يكن إلا وكيلاً عنه^(٣)، ولا تتقاضى إلا رسوم واحدة إذ لا يوجد إلا بيع واحد.

ومن ثم يكون للشخص الذي أعلن اسمه جميع حقوق المشتري يطالب بها البائع مباشرة، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشتري الظاهر. فيجوز للمشتري الحقيقي أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه وبتسليمه إياه، ويرجع عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التي تكون للبائع بموجب هذا البيع الذي أبرم بين البائع والمشتري الظاهر.

كذلك يكون على الشخص الذي أعلن اسمه جميع التزامات المشتري. فللبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات. وليس للبائع أن يرجع على المشتري الظاهر بشئ من ذلك. وإذا كان المشتري الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع، كان على المشتري الحقيقي أن يردده للمشتري الظاهر، ولكن دون أن يكون للمشتري الظاهر حق امتياز على المبيع، فإنه يرجع على المشتري الحقيقي بالثمن إما بدعوى الوكالة إذا كان متفقاً معه على أن يدفع الثمن عنه، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن متفقاً معه على ذلك. وليس هو بائعاً للمشتري حتى يكون له امتياز الثمن، فقد قدمنا أن المشتري الحقيقي يعتبر مشترياً مباشرة من البائع دون توسط المشتري الظاهر الذي لم يكن في هذا البيع إلا نائباً عنه. ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري الظاهر يلتزم شخصياً بدفع الثمن للبائع.

(١) ولكل من هؤلاء الأشخاص المتعددين الحصة التي أعلنها المشتري، فإذا لم يعلن هذا حصة كل منهم فالمفروض أن حصصهم متساوية. ويشترط في ذلك ألا يختلف الثمن أو الشروط كما قدمنا، فإذا أعلن المشتري أن كلا من الأشخاص المتعددين يتحمل جزءاً معيناً من الثمن، وجب أن يكون مجموع ما يدفعونه جميعاً معادلاً للثمن الأصلي دون زيادة أو نقصان، وإلا اعتبر التقرير بيعاً جديداً كما سبق القول (بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤).

(٢) فإذا أعلن المشتري مثلاً أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر، انقسم الثمن عليهما ماصفة، واعتبر كل منهما مشترياً للنصف من البائع مباشرة (بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢). ويجوز لمن تقدم للشراء أن يتقاضى من اشترى له أجرة على الخدمة التي أسداها إياه، وللقاضى التثبت من أن هذه الأجرة ليست في حقيقتها زيادة في الثمن الأصلي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥).

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٣٠.

ويعتبر في هذه الحالة كفيلاً للمشتري بالثمن. ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنائب في الشراء، فإن الوكيل بالشراء قد يكون كفيلاً بالثمن للموكل^(١).

ويتربط على أن البيع يعتبر صادراً مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي وأن المشتري الظاهر يعتبر وكيلاً بالشراء عن المشتري الحقيقي^(١)، أنه إذا أخذ أحد دائتي المشتري الظاهر اختصاصاً على العقار المبيع في المدة السابقة على التقرير بالشراء، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين^(٢). أما إذا رتب المشتري الظاهر بنفسه على المبيع حقوقاً عينية أو تكاليف، كرهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه نزولاً ضمنيّاً عن حقه في التقرير بالشراء عن الغير فتستقر الصفقة له. وإذا أخذ شفيع العقار المبيع بالشفعة، لم يؤثر في الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشتري الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر، في الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشتري^{(٣)(٢)}.

(١) بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢ وقرة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٣.

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٢.

(٣) أ- البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير وإن لم يرد فيه نص في التقنين المدني إلا أنه من الجائز التعامل به، ويجب لأعمال آثار هذا النوع من البيع أن يذكر شرط اختيار الغير في العقد بأن يحفظ المشتري عند إبرام العقد بحقه في التقرير بالشراء عن الغير ويتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري خلالها اسم من اشترى له الصفقة، فإذا أفصح المشتري الظاهر عن المشتري المستتر في الميعاد المتفق عليه اعتبر البيع صادراً من البائع إلى هذا المشتري المستتر مباشرة وانصرفت إليه آثاره دون حاجة إلى بيع جديد له من المشتري الظاهر.

(جلسة ١٩٨١/٤/١٥ الطعن ١١٠ لسنة ٤٧ ق ٣٢ ص ١١٣٣)

ب- إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تكييف عقد البيع إلى أنه تعاقد بطريق التسخير فإنه يكون عقداً جديداً ويستتبع ذلك صحة التسجيل الحاصل بشأنه ولزومه لامكان نقل الملكية من البائع إلى المسخر وبالتالي إلى الموكل، والقضاء بحسب هذا التسجيل يترتب عليه بقاء الملكية على ذمة البائع واستحالة انتقالها إلى الموكل.

(جلسة ١٩٦٤/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ١٠٧٣)

(٢) المفاضلة في حق الشفعة بين المشتريين الذين ادخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز، إذ الحقوق التي آلت اليهم بأعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل ائذار الشفعة لا تسري على الشفيع، فلا يحاج الشفيع بشرائهم، ولا يعتبرون بالنسبة إلى مشتريين مشفوعاً منهم بحق لهم دفع دعواه بأنهم أولى منه بالشفعة.

(جلسة ١٩٥٠/٣/٩ طعن رقم ١٠١ لسنة ١٧ ق ١ ص ٣١٢)

(٣) وقد قضت محكمة النقض في الحكم السابق الإشارة إليه بأن الشفعة في العقار المبيع بشرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع، تكملها وتحدد منها أحكام الشفعة. وحاصل ما اتفق عليه الرأي في أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عقد البيع يظل قائماً نافذاً في حق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه في اختيار الغير. وإذا كان لإعمال هذا الاختيار يسند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيترتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة في عقد البيع المذكور، فإنه -

٩٩- صورة خاصة - تقرير الراسى عليه المزاىء الشراء عن الغير: وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الغير، وأوردها تقنين المرافعات فى المادة ٤٤٤ منه على الوجه الآتى: «يجوز للرأسى عليه المزاىء أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة، قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين أو إذا وافقه الموكل على ذلك»^(١) وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتية:

١- ليس واجباً فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ بحقه فى التقرير بالشراء عن الغير، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق فى قائمة شروط البيع. ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزاىء فى بيع جبرى دون شرط خاص بذلك.

٢- المدة التى يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محددة فى القانون، وهى ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسو المزاىء على المشتري.

٣- التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون، فيكون بتقرير فى قلم كتاب المحكمة، ومن ثم لا يجوز أن يكون باخطار ولو مكتوب أو مسجل أو على يد محضر، فما لم يكن بتقرير فى قلم كتاب المحكمة فإنه لا ينتج أثراً.

= يكسبه أيضاً حقوقاً قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله فى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتى كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه فى الاختيار. ولما كان مقررراً بالمادة ١٢ من قانون الشفعة (السابق) أن الشفع لا يحتاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة، فإنه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإنذار المعلن للشفيع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم معه فى الشراء الذى قال فيه هذا المشتري أنه تنازل لهم عن بعض العقار المبيع له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء، وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما يكون قد اعتوره من قرارات أخرى مخالفة للقانون. والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشتريين الذين أدخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز، إذ الحقوق التى آلت إليهم بأعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل إنذار الشفعة لا تسرى على الشفع. فلا يحتاج الشفع بشرائهم، ولا يعتبرون بالنسبة إليه مشتريين مشفوعاً منهم بحق لهم دفع دعواه بأهم أولى مه بالشفعة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢).

(١) وقد كانت المادة ٦٥٨/٥٧٦ من تقنين المرافعات الأسبق تنص على أنه «يجوز للمشتري أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة، فى اليوم التالى ليوم البيع (فى التقنين المختلط فى ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع)، أنه اشترى بطريق التوكيل عن شخص معين، إذا صدق على ذلك كل من الموكل والكفيل، وبذلك يخلو سبيله وتعتبر الكفالة عن الموكل».

هذا ويشترط ألا يكون الموكل من الأشخاص المنوعين من التقدم للمزايدة، حتى لا يكون هناك تحايل على القانون (الأستاذ رمزى سيف فى التنفيذ ققرة ٤٣٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ٢٨٦ ص ٥٤٧).

فإذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث، سرت على الصورة التى نحن بصدددها الأحكام الأخرى التى قدمناها، فإذا لم يقرر الرأسى عليه المزاىء فى قلم كتاب المحكمة فى الثلاثة الأيام التالية لرسو المزاىء أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين، وقعت الصفقة له على وجه بات. أما إذا قرر ذلك، ووافقه على تقريره الموكل - وإذا كان للرأسى عليه المزاىء كفيل وجب أيضاً أن يقبل الكفيل كفالته للموكل فتسقط كفالته للتوكيل - اعتبر الموكل هو الرأسى عليه المزاىء وأن رسا عليه المزاىء فعلاً لم يكن إلا وكيلاً عنه، ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون التوكيل، وأصبح للأول دون الثانى كل حقوق الرأسى عليه المزاىء، وعليه كل التزاماته.

من أنواع البيوع الخاصة.

(١) (أ) - بيع العقارات المبنية محل الحراسة إلى جهات الحكومة والقطاع العام والهيئات العامة:

(أ) يدل النص فى المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ بإصدار قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة والمعمول به اعتباراً من ١٩٧٤/٧/٢٥ والمادتين ١، ١١ من ذات القانون على أن المشرع بعد أن نص على إنهاء جميع التدابير المتعلقة بالحراسة على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين أورد الأحكام الخاصة بتسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة ومنها أنه أجاز - فى هذه الحالات المبنية بالمادة العاشرة من القانون - لجهات الحكومة ووحدات الإدارة المحلية والقطاع العام والهيئات العامة والوحدات التابعة لها المشتري للعقارات المبنية من الحراسة العامة أو إدارة الأموال التى آلت إلى الدولة الخيار بين الإبقاء على عقود البيع وبين اعتبارها ملغاة على أن تقوم باخطار رئيس جهاز التصفية برغبتها خلال ثلاثة شهور من تاريخ العمل بهذا القانون وإلا اعتبر العقد ملغياً بقوة القانون اعتباراً من تاريخ انقضاء هذه المهلة، واشترط فى حالة إبداء الرغبة فى الإبقاء على عقود البيع زيادة ثمن الشراء إلى ما يوازى مائة وستين مثل الضريبة الأصلية المفروضة على العقار فى تاريخ البيع مع استمرار استحقاق الفوائد المفروضة على الثمن الأصلي على أن تلتزم بأداء الزيادة وباقي الثمن خلال مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ العمل بالقانون وقد صدر القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٧٥ بمد مهلة الإخطار بالرغبة إلى ١٩٧٥/١٢/٣١ ومد مهلة الالتزام بأداء الزيادة وباقي الثمن إلى ١٩٧٦/٣/٣١.

(جلسة ١٩٩٩/١١/٢١ الطعن ١٣٦١ لسنة ٦٧ق)

(ب) إلغاء عقود البيع المبرمة بين الحراسة العامة أو إدارة الأموال التى آلت إلى الدولة وبين الجهات المشتركة المذكورة بالمادة العاشرة من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ بشأن تسوية الأوضاع الناشئة عن الحراسة والخيار الممنوح لتلك الجهات فى غير الحالات المبنية بهذه المادة بين الإبقاء على عقود البيع وبين اعتبارها ملغاة. شرطه ألا تكون هذه الجهات تصرفت فيها للغير ولو بعقود ابتدائية قبل العمل بالقانون المذكور وذلك حتى يتفق النسق والمنهج الذى انتهجه المشرع حيال الرد العيني للأموال والممتلكات التى فرضت عليها

الحراسة سواء كانت عقارات مبنية أو أراضي زراعية على نحو ما سطرته المادة السابقة من ذات القانون.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٣ الطعن ٥٤٥٧ لسنة ٦٢٢ق)

(2) - بيع التركات الشاغرة:

أوجب المشرع في المادة الرابعة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التي تتخلف عن المتوفين من غير وارث - على الادارة العامة لبيت المال أن تتخذ الاجراءات القانونية للحفاظ على الاموال الظاهرة للمتوفى من غير وارث ونظم في المادة التاسعة أعمال التصفية فأوجب أن تصفى جميع عناصر التركة على وجه السرعة ويودع ما في ثمنها الخزنة العامة لحساب التركة حتى يتقرر حق ذوى الشأن عليها، وصدر قرار رئيس الجمهورية ٢٩٢٧ لسنة ١٩٧١ بضم الادارة العامة لبيت المال إلى الهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى ثم صدر قرار وزير التأمينات رقم ٩٥ لسنة ١٩٧٣ باللائحة التنفيذية لهذا القانون، فأصبح مجلس ادارة البنك وحده سلطة بيع عناصر التركات الشاغرة، ويتولى رئيس مجلس الادارة اصدار قرار بايقاع البيع وتنفيذ ذلك القرار باصدار التعليمات التي يجب اتباعها في هذا الشأن إلى مدير إدارة بيت المال أو أن يقوم مجلس الإدارة بتحديد الشروط التي يتم البيع بموجبها ويفوض رئيس المجلس اجرائه فيلتزم حيثلذ باتمام البيع وفقا لتلك الشروط فلا يملك إجراء البيع على خلافها، وإذا كان الثابت بالأوراق أن مجلس إدارة البنك المطعون ضده أصدر بتاريخ ١٩٨٠/١٠/٧ قرارا بتحديد شروط البيع ولم يلتزم رئيس المجلس بتلك الشروط وأصدر تعليمات مخالفة لها فإن التصرف الصادر منه يكون غير نافذ ولا يتم به البيع.

(جلسة ١٩٩٤/١١/١ الطعن ٢٥٢٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٣/١/٥ الطعن ٢٠٨٧ لسنة ٥٧ق)

(3) - بيع أملاك الدولة الخاصة:

(أ) بيع أملاك الدولة الخاصة. معقود للمحافظين وحدهم - أو من يفوضونهم - كل في نطاق محافظته. المواد ٢٨، ٣١، ٣٣ ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن الحكم المحلى المعدل بالقانونين رقمى ٥٠ لسنة ١٩٨١، ٢٦ لسنة ١٩٨٢، وقد صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٠٧ لسنة ١٩٧٩ باصدار اللائحة التنفيذية لقانون نظام الحكم المحلى، ومؤدى القانون ولائحته التنفيذية أصبح الاختصاص ببيع أملاك الدولة الخاصة معقودا للمحافظين دون سواهم وكل في نطاق المحافظة التي يمثلها، وهو اختصاص أصيل يجوز له أن يفوض فيه غيره ممن عددهم المادة ٣١ من القانون أو المادة ٥٤ من اللائحة المنفذة له.

(جلسة ١٩٩٥/٥/٢٣ الطعن ٣٦٩١ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٨ الطعن ٦٧ لسنة ٥٥ق ٣٦ ج ٢ ص ١١٣٦)

(جلسة ١٩٨٣/١١/١٦ الطعن ٢٣٦٦ لسنة ٥٢ق ٣٤ ج ٢ ص ١٦٢٧)

(ب) عقود البيع التي تبرم مع الأفراد أو غيرهم بشأن أملاك الدولة الخاصة. عقود مدنية. اختصاص المحاكم المدنية بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود بعد ابرامها وتام التصرف فيها يستتبع اختصاصها بالاعمال التي تأتينا جهة الادارة والقرارات التي تصدرها للتمهيد والإعداد لهذه العقود.

(جلسة ١٩٩٤/٣/١٧ الطعن ٨٤٥ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٧ الطعن ٢٦١٤ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦ الطعن ٦٨١ لسنة ٥٤ق ٣٨ ص ٤٥٥)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٨ الطعن ٦٧ لسنة ٥٥ق)

(ج) النص في المادة الأولى من القرار الجمهورى رقم ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ على أنه يرخّص للمحافظين كل في دائرة اختصاصه في أن يبيعوا بالممارسة العقارات المملوكة للحكومة ملكية خاصة الواقعة داخل نطاق المدن والقرى وذلك بعد موافقة اللجنة التنفيذية للمحافظة ويجب أن يكون البيع إلى إحدى الجهات الآتية وبالشروط المبينة قرين كل منها.... (٣) أصحاب المباني المقامة على أراضي الحكومة بعد ١٩٥٢/١١/١٢ وذلك بالسعر الذى تساويه الأرض وقت البيع.. يدل على أن المشرع رأى لاعتبارات خاصة بيع الأرض لأصحاب المباني المشيدة عليها وأن يكون ثمنها مساويا لقيمتها وقت البيع فإن مقتضى ذلك أن تحديد الإدارة لثمن البيع ليس مطلقا يتوقف على محض إرادتها تقدره كيفما تشاء وإنما يخضع عند المنازعة فيه لسلطة قاضى الموضوع الذى يملك رد التقدير إلى السعر المناسب وقت البيع بغير معقب من محكمة النقض طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة.

(جلسة ١٩٩٤/٣/١٧ الطعن ٨٤٥ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٨/١٢/٧ الطعن ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ق، ١٦٣ لسنة ٥٥ق ٣٩ ص ١٢٧٤)

(جلسة ١٩٨٦/١١/٢٧ الطعن ١١٩٩ لسنة ٥٢ق ٣٧ ص ٨٨٥)

(4) - البيع الصادر في فترة المنع من التصرف:

لئن كان نص المادة ٢١ من القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ قد رتب البطلان للتصرف الذى يجريه الشخص في أمواله بعد صدور الأمر بمنعه من التصرف فيها إلا أن هذا البطلان إنما قرره القانون لصالح المدعى الاشتراكى ويكون له وحده حق إبطاله وادخال المال محل التصرف في مركزه المالى الذى يقدمه في دعوى الحراسة التي يقوم بدور الادعاء فيها باسم الشعب ونيابة عنه، بيع الطاعن الحانوتين محل النزاع إلى المطعون ضدهم بعد صدور الأمر بمنعه من التصرف، عدم طلب المدعى العام الاشتراكى بطلان هذا التصرف، ورفض محكمة القيم فرض الحراسة على أموال الطاعن. أثره.

عدم قبول تمسك الأخير ببطلان البيع لصدوره منه في فترة المنع من التصرف.

(جلسة ١٩٩٥/٦/٢٢ الطعن ١٨٦٣ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٩٣/٢/٧ الطعن ٣٥٥٦ لسنة ٦١ق)

(جلسة ١٩٩١/١/٣٠ الطعن ٢١٢٢ لسنة ٥٨ق من ٤٢ ج ١ ص ٣٤١)

(5) - بيع الحصة الشائعة في عقار مبني وإن كان تاليا:

عبارة الأماكن وأجزاء الأماكن التي استهدف المشرع أن ييسر الحماية القانونية الخاصة عليها بموجب الأحكام التي حوتها نصوص تشريعات إيجار الأماكن الاستثنائية تحقيقاً لهدفه المنشود منها يقصد بها - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - كل حيز مغلق بحيث يكون حرزاً، وكان بيع الحصة الشائعة لا يرد على عين بذاتها وإنما يرد على كل ذرة من ذرات المبيع بقدر الحصة المبيعة فيه فلا يعتبر هذا البيع بيعاً لمكان في مفهوم نصوص قوانين إيجار الأماكن والتي استهدف المشرع إسباغ الحماية عليها، وبالتالي فإن بيع الحصة الشائعة في عقار مبني وإن كان تالياً لا يلحقه البطلان المنصوص عليه في المادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لتجرده من وصف المكان.

(جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ الطعن ١٨٥١ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٩٣/٣/١ الطعن ١٩٠٦ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٢/٢/٥ الطعن ٢٠٣٥ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢ الطعن ٦٦٤٢ لسنة ٥٣ق من ٣٥ ص ٣٣٠)

(6) - بيع الوحدات السكنية:

مفاد نصوص المواد ١/٦، ١٤ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ١٣، ٢٣، ٢٥ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن تأجير وبيع الأماكن بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر يدل على أن المشرع رغبة منه في تحقيق سكن مناسب للمواطن ومنعاً لاستغلال أزمة الإسكان بفرض شروط قاسية على طالبى شجارها بنوء بها كاهلها وإزاء لجوء البعض إلى تملك الوحدات السكنية بدلاً من تأجيرها تجنباً لقواعد تحديد وتقدير الأجرة قد قصر إمكانية بيع هذه الوحدات على نسبة معينة من المبنى وخاطب بهذا الحظر الملاك الذين يريدون أن يبيعوا وحدات مبانيهم - أو من ألت إليهم ملكيتها - متفرقة أو مفرزة إلى أشخاص مختلفين فأبطل البيع فيما جاوز نطاق تلك النسبة كما أبطل بيع الوحدة في ذلك النطاق لأكثر من مشتر، وذلك استثناء من القواعد العامة في حرية التعاقد وأحكام البيع الواردة في القانون المدني وكذا أحكام قانون التسجيل التي تجعل من الأسبقية في الشهر أساساً للمفاضلة بين المشترين المتعديدين من بائع واحد لعين واحدة ومن ثم فلا يسرى هذا الحظر على المالك الذي يبيع كامل العقار لالتزام المشتري بذات الحظر على بيع وحداته فيما يريد عن النسبة المقررة قانوناً.

(جلسة ١٩٩٣/٤/١٨ الطعن ٣٤٣٢ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣ الطعن ٢٤٨٩ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/١١ الطعن ٨٣٨ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٦/١٠/٥ الطعن ٧٩٠ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٨ الطعن ٦٥٩ لسنة ٤٩ق)

- قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسته ٢٠٠٢/٥/١٢ في القضية رقم ٥٠ لسنة ٢١ق بعدم دستورية المادة ١٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، بالحظر على الملاك أن يعرضوا للتملك ما يزيد على ثلثي مجموع مساحة وحدات المبنى.

الفرع الثاني

المحل في عقد البيع

١٠٠- للمبيع محلان: المحل في واقع الأمر ركن في الالتزام لا في العقد. ولما كان البيع عقداً ملزماً للجانبين، فإنه ينشئ التزامات في جانب البائع محلها هو المبيع، وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن^(١)، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن.

المبحث الأول

المبيع

١٠١- الشروط الواجب توافرها في المبيع: يجب أن يتوافر في المبيع (٢) الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام، وهي أن يكون المبيع موجوداً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وصالحاً للتعامل فيه. ويضاف إلى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع. فنبحث إذن (١) وجود المبيع (٢) تعيين المبيع (٣) صلاحية المبيع للتعامل فيه (٤) ملكية البائع للمبيع.

(١) وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن، فالمشتري ملتزم أيضاً بدفع مصروفات البيع وتسليم المبيع، فمحل الالتزام الأول هو المصروفات، ومحل الالتزام الثاني هو المبيع.

(٢) المبيع ليس هو الشيء ذاته، بل هو الحق فيه. فتساع الدار أى يباع حق الملكية في الدار، وقد يباع حق ارتفاع عن الدار أو حق انتفاع فيها. على أن المالك، إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار، أن يقال يباع الدار دون أن يذكر حق الملكية. فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي، ذكر الحق المبيع بالدات. وقد يكون المبيع حقاً معنوياً، كحق المؤلف، وتنص المادة ٨٦ مدني على أن «الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة». وقد صدرت فعلاً قوانين خاصة تتعلق بحق المؤلف والبراءات والاسم التجاري ونحو ذلك

المطلب الأول

وجود المبيع

١٠٢- معنى الوجود: قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المحل يجب أن يكون موجوداً، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك. فإذا كان المبيع غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل، فالبيع باطل (٢). وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع، فالبيع يكون أيضاً باطلاً. أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم، فالبيع يفسخ على التفصيل الذي سنورده في مكانه.

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود. ففي هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع، حتى لو أمكن وجوده في المستقبل، كان البيع باطلاً. فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئاً موجوداً فعلاً وقت البيع، جاز كما قدمنا أن يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني على أنه «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً» (٣)، فيجوز بيع الأشياء المستقبلية، كالمحصولات قبل أن تنبت، بثمن مقدّر بسعر الوحدة أو مقدّر جزافاً (٤). ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود. وقد يكون الشيء المستقبل محتمل

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٥.

(٢) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة، فهي أسهم لا وجود لها ويكون بيعها باطلاً. وكذلك أسهم الشركات التي يحكم بطلانها، فهي بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية، فيبطل بيعها باطلاً. وهناك رأي يذهب إلى أن الشركة الباطلة هي شركة واقعية، فلا أسهمها وجود فعلي، وبيعها صحيح، ولكن يرجع المشتري على البائع بضمان العيب الخفي. وهذا ما لم يحكم بطلان الشركة لانعدام محبتها أو لعدم مشروعيتها (دي باج ٤ فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٦٣). وبهذا الرأي الأخير أخذ القضاء الفرنسي (بيدات ١١ فقرة ٧٦).

(٣) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢١٦.

(٤) وقد كان التقنين المدني المختلط (م ٣٣٠) يحرم بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نبتها، ولم يرد في التقنين المدني الوطني السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلية جائزاً ولو بثمن مقدّر جزافاً. وجاء التقنين المدني الجديد (م ١٣١) مؤيداً للتقنين المدني الوطني السابق، ويجوز بيع المحصولات المستقبلية. وقد قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلية قبل نياتها في ظل القانون المدني القديم صحيح، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المختلط (م ٣٣٠). وقد قضى القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانونين الوطني والمختلط (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٦ ص ٩٦٣).

الوجود، كما إذا باع شخص نتاج ماشية، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد، والبيع هنا معلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد النتاج (١).

وبيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعامل، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك. وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل نياتها، كما رأينا. ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه، بل قبل أن يبدأه. ويبيع مقاول الحق الذي له في مقابلة لم ترس عليه بعد. فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل، وهي صحيحة. وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي.

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً. وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبل، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية (٢).

وقد يقيد التبايع في شيء محتمل الوجود، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها.

ونستبقى للبحث من كل هذا مسألتين: (١) بيع الحقوق المتنازع فيها (٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامي بالسلم.

١- بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣- التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود، وهو بهذا الوصف يجوز بيعه. والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً (contrat aléatoire)، فان ثبت

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلية نوعان. الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته. والثاني يجازف فيه المشتري في قدر المبيع وكميته فقط، كشراء الفحم الذي ينتج من قاطرات السكك الحديدية في مدة مستقبلية ومنطقة معينة. وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد. وحكم النوع الثاني أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره. ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا تدخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١). وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧).

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧. ويعتبر تعاملنا في تركة مستقبلية أن يعين الوارث حواله ما للتركة من ديون في يوم وفاة المورث بالذات، إذا ثبت أن الحوالة كانت معدة ومحصاة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التاريخ (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ cession de droits successoraux فقرة ٣٩).

حق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع، وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع المشتري. فالمشتري الذي يقدم على شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من ثمن.

ويجب، في بيع الحق المتنازع فيه، أن نميز بين حالتين: (١) بيع الحق لغير عمال لقضاء (٢) بيعه لعمال القضاء. ولكل من الحالتين حكم يختلف عن حكم الحالة الأخرى.

١- بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (retrait litigieux)

١٠٤- النصوص القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع.

٢- ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي.

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتي:

«لا تسرى أحكام المادة السابقة على ما يأتي»:

«(١) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد».

«(ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه من الآخر».

«(ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته».

«(د) إذا كان الحق المتنازع فيه يشغل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار» (١).

(١) تاريخ النصوص:

م ٤٦٩: ورد هذا النص في المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدي بفروق لفظية. وفي لجنة المراجعة زالت هذه الفروق، وأضيف لفظ «بمقابل» بعد عبارة «قد نزل عنه صاحبه» لإخراج حالات التبرع من نطاق الحكم، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٥-١٩٧).

م ٤٧٠: ورد هذا النص في المادة ٦٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، عدا فروقاً لفظية طفيفة زالت في لجنة المراجعة، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٧ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٨-١٩٩).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٥٣-٤٤١/٣٥٥-٤٤٣ (١). وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٤٣٧-٤٣٨ وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٨-٤٥٩ وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٣-٥٩٤ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢/٢٨١ (٢).

ويخلص من النصوص المقدمة الذكر أن بيع الحق المتنازع. ينقل الحق كما هو - متنازلاً فيه - إلى المشتري. والمشتري هو الذي يتحمل تبعه مصير النزاع في شأن الحق، فأما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كحلف له، وأما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري شيء كما سبق القول. فالبايع إذا باع حقاً متنازلاً فيه لا يضمن للمشتري وجود

(١) التقنين المدني السابق م ٣٥٣-٤٤١: إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد حق، فلا يكون مسئولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق.

م ٤٤٢/٣٥٤: إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق على الوجه المبين في المادة السابقة، أو كان أصل الدين متنازلاً فيه، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بدفعه للمشتري الثمن الحقيقي الذي اشترى به وفوائده والمصاريف المصروفة.

م ٤٤٣/٣٥٥: ولا تتبع هذه القاعدة في حالة ما إذا باع أحد الورثة نصيبه في الشركة إلى شريكه، أو باع أحد الشركاء نصيبه في الدين إلى شريكه، أو أسقط المدين لدائنه شيئاً في مقابلة دينه، أو اشترى من شريكه حقاً متنازلاً فيه من أجل حصول دعوى.

وأحكام التقنين السابق تتفق مع أحكام التقنين الجديد، إلا أن التقنين السابق كان على قدر من الغموض في إيراد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية، ولم يورد أصلاً الحالة الأولى من هذه الحالات وهي حالة بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد، وهو بعد ذلك يوهم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون إلا حقاً شخصياً، انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤.

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٣٧-٤٣٨ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩-٤٧٠ من التقنين المدني المصري، فيما عدا أن المادة ٤٣٨ سوري لم تورد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية: أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩).

التقنين المدني الليبي م ٤٥٨-٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩-٤٧٠ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٩٣-٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩-٤٧٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٦١ الأستاذ عباس حسن الصواف ص ٦٠٥ - ص ٦٢٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٨١: يصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المدينون الذي تفرغ الدائن عن دينه. وتبقى مفاعيل هذا التفرغ خاضعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨. على أنه لا يمكن التخلص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له.

(والتقنين اللبناني أقرب إلى التقنين الفرنسي منه إلى التقنين المصري).

هذا الحق (١) (١)، وإنما هو بيع مجرد إدعاء. ومن ثم يراعى في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسباً مع قوته، فيكثر أو يقل تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه، وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق ذاته إذ لا بد أن المشتري يدخل في حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق ما يقابل هذا الاحتمال. لذلك كان المشتري لحق متنازع فيه مضارباً يأمل الكسب، فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه، وأجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري بدفع الثمن - وهو كما قدمنا أقل من قيمة الحق - مع المصروفات والفوائد. أما في الحالات الاستثنائية التي تنتفي فيها فكرة المضاربة، فقد منع القانون حق الاسترداد (٢).

فبحث إذن: (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التي تترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد.

١٠٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه: ويؤخذ من نص المادة ٤٦٩ مدني أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد: (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعاً فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازعاً فيه. وتقول الفقرة الثانية من المادة

(١) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٦ ص ٥١٧.

(٢) ويذهب بودري وسينيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكفي وحدها لتبرير حق الاسترداد من المضارب، فالمضاربة ليست في ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لمخارتها. وإذا كانت المضاربة في بعض الحالات تنطوي على استغلال وتصف، فهي في حالات أخرى ينتج عنها الخير، إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به على حقه فيبيعه لمن هو أقدر منه على أن ذلك، فيصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده كله لولا هذه المضاربة. وإنما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدي المرابين، هي وضع حد للمنازعات والقضايا. فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين فمن اشتراه فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة، ولم يخسر المشتري شيئاً فقد استرد ما دفعه، والقانون ينشد دائماً فض المنازعات أو تقليلها بقدر الإمكان (بودري وسينيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤).

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبهه بما إذا نصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق، وهذا المبلغ هو الذي ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه. فكأن المدين دفع لصاحب الحق - يمثل المشتري خلفه - القيمة التي ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لغرض النزاع. فالأمر في صورته استرداد، وفي حقيقته صبر من الصلح.

(١) متى كان الحكم قد أثبت أن المدعي لم يشتري إلا مجرد حق متنازع فيه، فإن قضاءه يرفض دعواه بالضمان يكون موافقاً لحكم المادة ٣٥٣ من القانون المدني (قديم) التي تقضي بأنه لا ضمان أصلاً على من باع مجرد حق متنازع فيه. (جلسة ١٩٤٨/١/١٥ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً ١٣٩ ٣٦٨)

٤٦٩ مدني إنه يعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي. فليس من الضروري إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازعاً فيه، ويكفي أن يقوم في شأنه نزاع جدي (١). وليس من الضروري أيضاً أن يكون الحق الذي رفعت به دعوى يكون حقاً متنازعاً فيه، فقد لا يمس النزاع في الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية في الإجراءات كعدم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (٢)، والحق حتى يكون متنازعاً فيه يجب أن يقوم النزاع في موضوعه بالذات (٣) (١). وقد ترفع بالحق دعوى تنتهي إلى حكم ابتدائي، فما دام

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً في عهد التقنين المدني السابق، إذ كان هناك رأي يذهب إلى أن الحق لا يكون متنازعاً فيه إلا إذا رفعت به دعوى، وفي فرنسا نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٧٠٠) يجعل هذا المعنى متعباً. أما نص التقنين المدني المصري الجديد فصريح في المعنى العكسي (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤). أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه على عمال القضاء، ففي فرنسا (م ١٥٩٧ مدني فرنسي) كما في مصر يكفي أن يقوم في الحق نزاع جدي ولو لم ترفع به دعوى (بودري وسينيا فقرة ٢٦٣).

ولا يكون الحق متنازعاً فيه إذا لم يتم في موضوعه نزاع جدي، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة (بودري وسينيا فقرة ٢٦٥) - وصعوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعاً فيه. أما النزاع في مرتبة الحق فتجعل له هذا الوصف (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٥) - والنزاع في تأمينات الحق لا يجعله متنازعاً فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ، وكذلك النزاع في براءة اختراع لا يجعل المتجر متنازعاً فيه إلا إذا كان هذه البراءة هي العنصر الجوهرى في المتجر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣).

ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدي في موضوع الحق مسألة واقع يت فيها قاضى الموضوع، ولا معقب عليه في ذلك من محكمة النقض (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعاً فيه بالمعنى المقصود في المادة ٣٥٤ مدني (قديم)، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائماً بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء وأن يكون النزاع فيه منصباً على أصل الحق (le fond de droit)، أى متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضى المدة. فكل العراقل التي تعترض السداد بفعل المدين، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعي، لا يعتبر معها الدين متنازعاً فيه، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧).

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ - والنزاع يقوم في موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانتقضائه أو بصداه أو بمقداره، أو إذا دفع الحق بدفع موضوعي يرمى إلى رفضه نهائياً كالدفع بالتقادم (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ - بودري وسينيا فقرة ٩٢٢).

(١) أ- تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقاً متنازعاً عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز اتارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٢٤ ق ص ١٨ ص ١٥٠٠)

الحكم غير نهائي يبقى الحق متنازعا فيه، لا فحسب إذا طعن في الحكم الابتدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف، بل أيضاً طول المدة التي يظل فيها ياب هذا الطعن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يطعن في الحكم بالفعل. أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحسم النزاع في الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يطعن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر، وحتى لو كان ياب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً. أما إذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بطعن غير اعتيادي، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعا فيه، ويجوز فيه الاسترداد^(١). ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير، فلو بدأ الحق متنازعا فيه ثم انحسم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد كذلك^(٢). ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، منقولاً أو عقاراً. فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حق المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد. أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار، فهناك خلاف في الرأي. فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجيز للمدعى حق الاسترداد، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه. ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو المتسبب فيها^(٣).

= ب- أن محكمة الموضوع، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي اثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية لحكم المادة ٢٥٧ من القانون المدني القديم (قديم) أو عدم توافره، وإذن فإن عملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦ طعن ٨٢ لسنة ٢٣)

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ مكررة رابعاً ص ١٨٠ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٧٨.

(٢) والسيرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلان المدعى (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٦ - بودري وسينيا فقرة ٩١٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠). وإذا قبل المدعى حوالة حق يتنازع فيه وكان قوله دون تحفظ، لم يجوز له الاسترداد.

(٣) أنظر من الرأي الأول جوار ٢ فقرة ٨٩٣ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦٠٨ - وأنظر من الرأي الثاني بودري وسينيا فقرة ٩٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١.

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم، إلا أنه إذا كان لا يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤).

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل. فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجوز الاسترداد، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف التبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة^(١). أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض، فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق^(٢). ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري. فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة، لم يجوز الاسترداد، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تجزئ عن المثل^(٣). وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع^(٤)، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز الاسترداد. مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعي أنه له، ثم إن هذا الحق نفسه يتنازع فيه المدين، فله أن صاحبي الحق المتنازعين اصطلاحاً فأعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه، فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصل على شيء في مقابله^(٥). كذلك إذا صاحب

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو. (٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢.

(٣) بودري وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١.

(٤) وإن كان هذا هو الغالب. ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزا (جوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامل رقم ١٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥).

(٥) بودري وسينيا فقرة ٩٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ - والأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٦٢٠ هامش رقم ٤.

ويمكن إيراد مثل آخر للصلح على النحو الآتي: دائن بألف وله مديان متضامان يتنازعانه في الدين، فأصطلح مع أحدهما على ضماناته وتقاضاها منه. فإذا رجع المدين الذي وفي الدائن على المدين الآخر، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصته في الدين - وهي خمسمائة - بما يقابلها في مبلغ الصلح بأربعمائة. وقد وصل التمسك المدني الحديدي إلى هذه النتيجة عن طريق آخر، فجعل للمدين المتضامن الآخر أن يستفيد من الصلح، إذ نص في المادة ٢٩٤ منه على أنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى، استفاد منه الباقون.

الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق. وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بشمن واحد، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الشمن (١).

١٠٦- كيف يكون الاسترداد: يتم الاسترداد باجتماع أمرين: (١) إعلان المدين إرادته في الاسترداد (٢) ورده للمشتري الشمن الحقيقي وفوائده والمصروفات (أ).

ويعلن المدين (٢) إرادته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص. فإذا كانت هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم - بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى يطلب المدين بالحق ودخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري ابتداءً على المدين يطالبه بالحق الذي اشتراه - فالمدين يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدى به الطلبات في الخصومة. ويوجه الطلب إلى المشتري دون الدائن، فالمشتري وحده هو الخصم في الاسترداد (٣). وإذا لم تكن الدعوى منظورة، فإن لم

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧.

(٢) وإذا كان هناك مدينون متضامنون متعددون، جاز لكل منهم أن يستعمل حق الاسترداد، ويرجع على الباقيين كل بقدر حصته (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) - ويجوز لخلف المدين، كالأورث، أن يستعمل حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١). ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد.

(٣) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً لحكم بعدم صحة الدين أو بانقضائه مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء. هذا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ - بودري وسينيا فقرة ٩٤٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدني (قديم) لا تخول المدين الحق في استرداد الدين المبيع بعرض الشمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلاً بصفة أصلية وبغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧).

ولو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق عادي، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية، جاز له ذلك، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازعا فيه (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٢).

(١) استرداد الحق المبيع المتنازع فيه. جواره لمن ينازع في هذا الحق إذا دفع للمشتري الشمن الحقيقي والمصروفات وفوائد الشمن من وقت الدفع. المادة ٤٦٩ مدني مؤداة. ليس للبائع الحق في الاسترداد.

(جلسة ١٩٩٤/٣/٣١ الطعن ٣٣٢١٠ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ الطعن ١٦٧٤ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣ لسنة ١٢٨٠ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٥٨/٣/٢٧ الطعن ٧٦ لسنة ٢٤ ق)

ترفع دعوى أصلاً بالحق المتنازع فيه وإنما قام في موضوعه نزاع جدي، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ما زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلاً، فطلب الاسترداد يكون بإعلان المدين إرادته، ويوجه هذا الإعلان إلى المشتري دون الدائن كما قدمنا، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة (١).

ويجب أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - الشمن وفوائده من وقت الدفع والمصروفات، فإن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم هذا الرد أو العرض (٢). ذلك أن نص القانون (١/٤٦٩ م) مدني صريح في أن «للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الشمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الشمن من يوم الدفع». ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلي أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلي أو نازع في صحته. والذي يجب أن يدفع فعلاً أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتي: (١) الشمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه، وأراد القانون بذكر لفظ «الحقيقي» التحرز من الشمن الصوري الذي قد يذكره المتبايعان في عقد البيع، فيزيدان من الشمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعلوا الاسترداد أكثر كلفة. وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الشمن المذكور في العقد ليس هو الشمن الحقيقي، وأن يقتصر على دفع الشمن الحقيقي أو عرضه (٣). فوائده هذا الشمن من وقت أن دفعه المشتري للبائع. والمراد هنا الفوائد بالسعر القانوني - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية -

(١) وإذا نازع المشتري في صحة الاسترداد، رفع الدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة الاسترداد.

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٥٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ - قارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٣ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦١٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨.

(٣) وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً للوفاء بالشمن، فللمسترد أن يستفيد من هذا الأجل، ولكن للقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودري وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الأستاذ أنور سلطان ٤٢٣ ص ٤٠٦).

وإذا باع المشتري الحق قبل استعمال حق الاسترداد، فالمتنازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري من المشتري لا ضد المشتري، ويدفع له الشمن الذي اشترى به سواء كان أكثر من الشمن الأول الذي دفعه المشتري للبائع أو أقل. ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مقررة قانوناً يجب أن يستعمل في خلالها، فيجوز استعمال هذا الحق في أي وقت إلى أن يحسم النزاع في شأن الحق. وعند استعماله يوجه لمن كان الحق منتقلاً إليه وقت الاستعمال، سواء كان المشتري أو مشترياً منه أو مشترياً ثالثاً أو مشترياً بعد ذلك (بودري وسينيا فقرة ٩٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣). وانظر عكس ذلك في دفع المسترد للمشتري الثاني الشمن الذي دفعه المشتري الأول للبائع. ديمولومب ١٦ فقرة ١١٠ - جيوار ٢ فقرة ٩٠٣ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش ٣٢ مكرر ثالثاً).

لتعويض المشتري عن المدة التي بقي فيها محروماً من الثمن لا يتتبع به. وفي مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه، فإن كان ديناً ينتج فوائد تقف هذه الفوائد ولا يدفعها المدير للمشتري منذ اليوم الذي دفع فيه المشتري الثمن للدائن، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده. أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد، فإن المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن مؤجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها، وهذه غير الفوائد القانونية التي أشرنا إليها فيما تقدم. ويلتزم بهذا نحو المشتري، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سنرى. (٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه، كرسوم التسجيل في العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم التمغة والسمسرة وأتعاب المحامي وغير ذلك (١). ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذي رفعها على المتنازل ضده، فإن هذه الدعوى قد انقضت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده (٢). وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التي قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذي باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري.

١٠٧ - الآثار التي تترتب على الاسترداد: إذا استرد المتنازل ضده الحق المتنازع فيه من المشتري، فإن هذا لا يعني أنه أقر بأن الحق ليس له. وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للخصومة القائمة، حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغيبته (٣).

والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره: (أولاً) في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده. (ثانياً) وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع. (ثالثاً) وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع.

ففي العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده، يحل الثاني محل الأول بموجب

(١) وإذا كان المشتري قد دفع رسوماً أكبر بسبب المبالغة في الثمن، لم يكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - ٤٠٧).

(٢) بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨.

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إلى آخره، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، سقط حقه في الاسترداد (أنظر أنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش). أما إذا احتفظ المدين بحقه في الطعن في الدين عند قبول الحوالة، جاز له بعد ذلك أن يسترده (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٦١).

وإذا حول المحنى عليه في جريمة حقه في التعويض إلى آخره، جاز للمتهم أن يسترد الحق مع بقاءه مسكراً ارتكاب الجريمة ومنكراً استحقاق المحنى عليه للتعويض (هيك ٢ فقرة ٦٦٣ - بودري وسينيا فقرة ٩٥١).

الاسترداد. ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازل ضده، بل إن المشتري يعتبر - في العلاقة ما بينه وبين المسترد - أنه لم ينتقل إليه إلا أصلاً وقد انتزعه منه المسترد. ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون قد رده المشتري على الحق قبل الاسترداد تسقط، وتعتبر كأن لم تكن (١). فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً، سقط كل ما رتبه المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع. وتسقط الحجز التي يكون دائن المشتري قد وقعها بحقه يد المتنازل ضده إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً، إذ هي تعتبر واردة على حق لم يكن للمشتري (٢).

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً، فلا ينتقض بالاسترداد (٣). وبخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع، هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشتري والبائع. ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات، فإن البائع يتعامل معه فلا يجبر على معاملته. ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان، بعد أن انتزعت المسترد الصفقة من المشتري، وذلك ما لم يكن المشتري يجهل أنه اشترى حقاً متنازلاً في فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض (٤).

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد. والخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع، فهو غريب عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبي عن العين المشفوعة. وهو إذن لا يتلقى الحق بل ينهي إذا كان حقاً شخصياً، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً. ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد، فقد كان حقاً متنازلاً فيه ما بين البائع والمسترد، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم، ولم يعد للبائع الحق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه، ويكون للاسترداد الأثر الذي للمصلح في حل النزاع. فإذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد، فإن الاسترداد لا ينفذ الدين إلى المسترد فينقضي باتحاد الذمة، بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيعتبر كـ

(١) لكن إذا باع المشتري الحق من مشتر ثان، فقد قدما أن الاسترداد يوجه إلى المشتري الثاني بالثمن الذي دفعه هذا للمشتري الأول، فلا يسقط تصرف المشتري الأول في الحق بالبيع (أنظر أنفاً فقرة ١٠٦ في الهامش).

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ٢٧٧.

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - والأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢.

(٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٢ - بودري وسينيا فقرة ٩٥٥ - عكس ذلك بلانيول ورو وهامل ١٠ فقرة ٢٢٢ ص ٤٠٩ - وقارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ وأنظر أنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش.

لم يكن في ذمة المسترد^(١). وإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع. ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد، بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد. وإذا كان المشتري قد اشترى بثمن مؤجل، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله^(٢)، فإنه لا يكون ملزماً بشئ نحو البائع، بل هو ملزم نحو المشتري، وهذا ملزم نحو البائع^(٣) كما سبق القول.

١٠٨- الحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد: لما كان حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استقلال الخصومات، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدني، كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة. وهذه الحالات هي^(٤):

١- إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد.

(١) بودري وسينيا فقرة ٩٥٨ - وما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد في حاجة إلى التحرير، فقد ورد ما يأتي: «إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً، فاسترداده يمكن تكييفه على أنه شراء لحق من الدائن، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة. وإذا كان الحق عينياً، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥). والصحيح ما قررناه. انظر في معنى المذكرة الإيضاحية الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥.

ونقر الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فيما ذكره في هذا الصدد إذ يقول: «الاسترداد لا يبدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة المدين.. ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدينه أى المشتري المتنازل إليه. ثم إن المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقاً من المشتري الذي استعمل خيار الاسترداد في مواجهته، لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كنا بصدد حوالة أو زوال النزاع الذي ثار حول الحق المعيني محل النزاع. ولهذا إذا تعلق الاسترداد بحق عيني عقارى، فليس من الواجب تسجيله. وبالملاحظة أنه نظراً للطبيعة الخاصة لخيار استرداد الحق المتنازع فيه، فإن المسترد لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع (المتنازل) ولا للمشتري (المتنازل إليه) لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفاً فيه» (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨).

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧.

(٣) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه المشتري قبل مدين الدين وهو المسترد. ويذهب الفقه في فرنسا، وفقاً لتقاليد القانون الفرنسى القديم، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة على المسترد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - كولان وكايتان، فقرة ٩٨٤ - وانظر في هذا المعنى: الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد ذكى ص ٦٢٧ هامش رقم ١ ونرجع الرأي الذى ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البدرأوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة (فقرة ٤٠٩) وقد سبق الإشارة إلى ذلك)، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بصر، ولا يوجد نص ها يجعل للبائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد.

(٤) وهى مذكورة على سبيل الحصر، ففى غيرها يجوز الاسترداد دائماً (لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ - بودري وسينيا فقرة ٩٦٠).

مثل بيع التركة، فهى مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون. وسنرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالدات. فإذا كان في التركة حق متنازع فيه، فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى فى مجموعة التركة، فتتعدم فكرة المضاربة فى هذا الحق بالدات، فلا يجوز الاسترداد. ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه فى التركة، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة فى ذمة أجنبى وهو دين متنازع فيه المدين، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه. فإذا صفى النزاع فى الدين، وثبت استحقاق التركة له، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث.

٢- إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك^(١)، وباع أحدهم نصيبه من الآخر. فإذا فرضنا أن حقاً متنازِعاً فيه يملكه شخصان فى الشيوع، إما لأنهما ورثاه عن مورث مشترك أو اشترياه معاً، ثم باع أحد الشريكين نصيبه فى الحق من الآخر، فإن الاسترداد لا يجوز فى هذه الحالة. ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها^(٢). أما إذا كان الشريكان فى الحق ينازعهما أجنبى يدعى ملكية الحق معهما، وكان الحق ذاته متنازِعاً فيه مع المدين به، ثم نزل الأجنبى عما يدعيه للشريكين، جاز للمدين أن يسترد. ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذى نحن بصدد، فهذا الاستثناء يقتضى أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه، لا أن أجنبياً عنهما يكون هو المتصرف^(٣).

٣- إذا نزل المدين الدائن عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق فى ذمته. والمفروض هنا أن للمدين حقاً متنازِعاً فيه فى ذمة آخر، فنزل عن هذا الحق لدائنه وفاء بالمدين الذى فى ذمته له. فالواضح أن الدائن، عندما قبل نزول مدينه عن حقه، لم يقصد المضاربة، وإنما قصد أن يستوفى حقه. ومن ثم لا يجوز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذى استوفى بهذا الحق حقه، لأن الاسترداد

(١) أو شركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣).

(٢) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق مملوكاً لأربعة أشخاص مثلاً، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة. فبالرغم من أن الحق لا يرال شائعاً بين الثلاثة، إلا أن فكرة القسمة لا تنفى، وهذا البيع خطوة نحوها.

وبلاحظ أنه فى الحالة نحن بصدها - يبيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر - يمنع الاسترداد، فوق انتفاء فكرة المضاربة، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يصح من استمرار المنازعة والخصومة، إذ أنه لا يؤدى إلى أكثر من استرداد نصيب البائع، ويبقى الشريك الآخر بنصيبه المتنازع فيه مستمراً فى الخصومة.

(٣) بودري وسينيا فقرة ٩٦٢.

ها لا مبرر له^(١). وقد ينزل المدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من النقود. مثل ذلك أن يكون في ذمة المدين لدائته أربعة آلاف، فيوفيه حقاً متنازلاً فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافي مقداره خمسمائة. فكأنه وفي مدينه خمسمائة، والباقي من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاء بأربعة آلاف متنازع فيها. ففي هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة في الحق المتنازع فيه، فقد استوفى الدائن الدين الذي له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع. وإذا عكسنا الفرض، وقلنا إن في ذمة المدين ثلاثة آلاف فوفاهما بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلاً (soulte) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة، فإن الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاث الآلاف، واستوفى الثلاثة الآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة. ولكن إذا كان الدين الذي في ذمة المدين هو ألف فقط، والمسألة بحالها، فإن الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها، وقد يكشف قاضي الموضوع في هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد^(٢).

٤- إذا كان الحق المتنازع فيه يشغل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار. والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكه متنازلاً فيه. وباع المدين العقار المرهون من آخر، فالحائز للعقار وهو المشتري يكون مسؤولاً عن الرهن الذي يشغل العقار وله حق التطهير، ولكن إجراءاته معقدة وهو غير مأمون العاقبة. فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن، حتى يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار. ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو المدين الذي باع العقار - الاسترداد في هذه الحالة، فإن الذي دفع حائز العقار إلى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة، بل إنه أراد تجنب إجراءات الدائن المرتهن^(٣). مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة آلاف، وعلى العقار رهن

(١) ولكن قد يعمد الطرفان إلى التحايل، فينشئان ديناً صورياً لأحدهما على الآخر، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين الصوري. فالاسترداد هنا يجوز، لأن الصفقة أريدت بها المضاربة وقد أحفيت تحت ستار هذا الدين الصوري.

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٦٥.

(٣) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣ ص ٤١٠ - جوسران ٢ فقرة ٨١٥ ص ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبد المعيم البدرأوى فقرة ٤١٠ ص ٥٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠.

ويورد التقنين المدني الفرنسي، وعلى غرارهِ أورد التقنين المدني المصري السابق، لتقرير هذه الحالة الرابعة، عبارات عامصة لا يستبين منها في وصوح غرض المشرع: أنظر في نص التقنين المدني الفرنسي كولاد وكاييتان ٢ فقرة ٩٨١، وفي مثل مناسب لعبارة التقنين المدني المصري السابق وهي عبارة عامصة الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦١٦.

يألف متنازع فيها فإذا دفع المشتري كل الثمن للبائع، ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بشمانمائة، فإنه يرجع على المدين وهو بائع العقار بألف. ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة بدلاً من الألف. وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بشمانمائة، لم يجز للمدين بائع العقار أن يتمسك بحقه في الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة^(١).

ب- بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء

١٠٩- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧١ من التقنين المدني على ما يأتي:

«لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، وإلا كان البيع باطلاً».

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتي:

«لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها، سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلاً»^(٢).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٤/٢٥٧^(٣).

(١) أنظر في الحالات الاستثنائية الأربع المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤.

(٢) تاريخ النصوص:

م ٤٧١: ورد هذا النص في المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقاً لفظية، زالت في لجنة المراجعة ومجلس النواب، وأصبح النص رقمه ٤٩٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٠ - ص ٢٠٢).

م ٤٧٢: ورد هذا النص في المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقاً لفظية، زالت في لجنة المراجعة، وأصبح النص رقمه ٤٩٩ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ و ص ٢٠٦).

(٣) التقنين المدني السابق ٣٢٤/٢٥٧: لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحصرة الحديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفوكاتية أن يشتروا، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم، لا كلاً ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التي يجرون فيها وظائفهم، فإذا وقع ذلك كان البيع -

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٤٤٠-٤٣٩. وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٠-٤٦١- وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٥-٥٩٦- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٨٠-٣٨١.

١١٠- البيع لعمال القضاء وحق الاسترداد: ونرى من ذلك أن لبيع الحقوق المتنازع بها خاصية أخرى. فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع فيه يجعل للمدين حق استرداد من المشتري. وهنا نرى أن المشتري إذا كان أحداً من عمال القضاء - وبالتحديد حداً من ذكرنا بالنص - فإن البيع يكون باطلاً (١)، ومن ثم لا يكون هناك محل

= باطلاً. وفي هذه الحالة يكون البيع باطلاً أصلاً، وبحكم بطلانه بناء على طلب أي شخص له فائدة في ذلك، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالطلاق من تلقاء نفسها.

(والأحكام متفقة في التقنينين. ولم يرد في التقنين السابق نص خاص بتعامل المحامي في الحق المتنازع فيه إذا كان وكيلًا عن صاحب الحق، ولكن المادة ٣٢٤/٢٥٧ كانت تعتبر كافية لتحريم شراء المحامي للحق أو جزء منه، ويدخل في البيع الوفاء بمقابل إذا كان المحامي يأخذ مقابل أتعابه جزءاً من الحق المتنازع فيه).

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٣٩ - ٤٤٠ (مطابقتان للمادتين ٤٧١-٤٧٢ من التقنين المدني المصري).

(وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩).

التقنين المدني الليبي م ٤٦٠ - ٤٦١ (مطابقتان للمادتين ٤٧١-٤٧٢ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٩٥ - ٥٩٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧١-٤٧٢ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٩ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦١١ - فقرة ٦١٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٨٠: إن القضاء والمحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخلية في حيز اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها.

م ٣٨١: إن روحات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يعدون أشخاصاً مستعاريين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة.

(والتقنين اللبناني يتفق في مجموع أحكامه مع التقنين المصري، إلا أنه أغفل النص على إعفاء أعضاء النيابة والمضربين كما أغفل النص في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكول إليه الدفاع عنه، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران اسماً مستعاراً).

(١) نص المادة ٤٧١ والفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدني يدل على تحريم شراء القضاء وأعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع بشأنها يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا وقع البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً سواء اشتروه باسمائهم أو باسم مستعار ويعتبر الحق متنازعا عليه في حالتين الأولى إذا رفضت به دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يعصل فيها بحكم نهائي وقت البيع والثانية أن يقوم في شأن الحق المبيع راع حدى ويستوى أن يكون النزاع مصعباً على أصل الحق أو انقضائه، وأن فصل =

للاسترداد إذ لا استرداد في بيع باطل. وقد ربط التقنين المدني الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع فيها ربطاً لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق، إذ أن هذا التقنين الأخير عرض لحق الاسترداد في مكان وللبيع لعمال القضاء في مكان آخر، وباعد ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوي على شيء من الخفاء. ومد ربط بينهما التقنين الحالي، أصبح واضحاً أن بيع الحق المتنازع فيه لأحد عمال القضاء، وهو بيع باطل، لا يدع مجالاً لحق الاسترداد. فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق، ويبطل البيع أصلاً فيرجع الحق لصاحبه، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكل الدين إذا صفى النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين. أما العكس فجائز، فإذا فرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر، فإنه يجوز للمدين - ولو أنه من عمال القضاء - أن يسترد الحق المتنازع فيه (١). ولا يحتاج عليه في ذلك بأنه اشترى حقاً متنازعا فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة (٢).

= محكمة الموضوع في كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الأركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠ الطعن ١٦٩٢ لسنة ٤٧ ق م ٣٣ ص ٥٦١)

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ ق م ٣١ ص ١٣٧٣)

(جلسة ١٩٦٤/٣/١٩ الطعن ٣٦٥ لسنة ٢٩ ق م ١٥ ص ٣٨١)

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وبيع الحقوق المتنازع فيها على هذا النحو له خاصيتان: (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لعمال القضاء الذين يقع في اختصاصهم الفصل في النزاع. (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد للمشتري الثمن والمصرفات والفوائد. وقد ربط المشروع هاتين الخاصيتين إحداهما بالأخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة، بخلاف التقنين الحالي (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٣٥٤ - ٣٥٥ / ٤٤٢ - ٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م ٣٢٤/٢٥٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣).

وجاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء. فإذا باع الدائن حقاً متنازعا فيه لأحد عمال القضاء، كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً كما تقدم، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصرفات والفوائد. أما العكس فجائز، ويكون لعمال القضاء الذي يتنازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥).

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المعصم البدرأوى فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٣ - وانظر عكس ذلك: أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش ١٢ - جيوار فقرة ١٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٢٩.

ويحصل مما تقدم أن القانون ينظر في رية إلى بيع الحق المتنازع فيه. فهو في القليل طوى على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حقاً في الاسترداد يعطيه للمدين. فإذا زادت الرية وكان المشتري هو أحد عمال القضاء شترى حقاً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه، زاد الجزاء على ما تقدم، إذ الشبهة هنا لا تعلق فحسب بفكرة المضاربة، بل تصل إلى حد استغلال النفوذ، ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع^(١). وحرّم القانون بوجه خاص على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الموكول إليه أمر الدفاع عنه، سواء بالبيع أو بغيره من تصرفات.

وقد عرفنا فيما تقدم ما هو الحق المتنازع فيه^(٢). ويبقى أن نعرف: (١) من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها. (٢) وما هو الجزاء على شرائهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis).

١١١- المشترون للحقوق المتنازع فيها: المحظور عليهم الشراء هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون. وقد ذكروا في المادة ٤٧١ مدني على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليهم، ولا يمتد الحظر إلى الخبراء^(٣) و مترجمي المحاكم

(١) ولكن لا يمتنع على عمال القضاء بيع حق لهم متنازع فيه، لأن البيع يعكس الشراء يقطع صلتهم بالحق ويعد عنهم الشبهات (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٣- الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢).

(٢) فالحق المتنازع فيه معناه واحد من حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شراؤه على عمال القضاء، ومن ثم يكفي ليكون الحق متنازعا فيه في الحالتين أن يقوم في شأن موضوعه نزاع جدي ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء (قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩). وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥٧ مدني (٤٧١ جديد) التي تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد عبارتها اشتراط أن يكون النزاع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفا لمشتري، سواء أكان مطروحاً على القضاء أم لم يكن طرح بعد. وإذن فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع ومحتملاً أن ترفع بشأنه دعوى. ومحكمة الموضوع، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي اثبتتها وقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدني (٤٧١ جديد) أو عدم توافره. وإذن فعملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٨ ص ٣٨٩). وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع في الحق المانع من البيع الذي نصت عليه المادة ٢٥٧ مدني (٤٧١ جديد) يجب أن يكون قائماً فعلاً أو محتملاً وقت التعاقد، فكل نزاع يجد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة ولا كانت في حساب المتعاقدين وقت التعاقد لا يصح أن يكون سائلاً دون البيع للأشخاص الذين ذكرهم القانون (استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٨٢).

(٣) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقبدين في الجدول (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤١).

ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجابهم وقراشيها والحراس ورجال الشرطة ومأموري الضبطية القضائية^(١).

والقضاة يشملون كل من ولي وظيفة القضاء. فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون «قضاة». ويشمل اللفظ أيضاً مستشاري وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية^(٢)، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس المالية عندما كانت هذه المحاكم موجودة. والمحظور شراؤه على القاضي يتسع أو يضيق بحسب المحكمة التي يباشر فيها وظيفته. فقاضي المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع من اختصاص محكمة الجزئية وحدها، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر في النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التي تتبعها محكمة^(٣)، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذي قدمناه فيما يتعلق بهذا الحق. وقاضي المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته، بما في ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل في الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية تجعله قابلاً للاستئناف^(٤). ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته، بما في ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة. أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشتري أي حق متنازع فيه، لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة، وهذا حتى لو كان الحكم في النزاع غير قابل للنقض للاحتتمالات التي قدمناها.

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة. ولا يدخل فيهم معاونو الإدارة، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥.
(٢) ولا يدخل مستشارو الرأي والتشريع في مجلس الدولة والأعضاء الفنيين بهذين القسمين والموظفون الفنيون بوزارة العدل، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء. كذلك لا يدخل المحكمون، فهؤلاء لا يسمون «قضاة».

(٣) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يعتبرون في حكم من يؤدون وظائفهم في دائرة المحكمة الكلية كلها، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها، بل هي محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلاً في المحاكم الكلية ثم يندبون للعمل في الجزئيات (استئناف مصر ١٣ يونيو سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٤١).

(٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٩ رابعاً ص ١٨٤ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٠ - عكس ذلك ماركاديه ١٥٩٨ فقرة ١.

ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك النائب العام المساعد، أما بالنسبة للمحام العام فتمتد اختصاصه إلى دائرة المحكمة التي يعمل فيها.

ومفاد أحكام المادة ٢٣ من قانون السلطة القضائية المعدلة بالقانون رقم ١٣٨ لسنة ١٩٨١، والمادة ٢٤ من ذات القانون معدلة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٤ أن مدير نيابة النقض ومن يعاونه من أعضاء نيابة النقض يتبعون محكمة النقض ومن ثم فإنه يتمتع عليهم أن يشتروا أي حق متنازع فيه، لأن اختصاص محكمة النقض يمتد إلى جميع أنحاء الدولة.

والحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين. ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية في جميع أنحاء البلاد. ومنهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعاً. والحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أي حق متنازع فيه (١).

وكتبة المحاكم يندرج فيهم كتاب الجلسات، وغيرهم من الكتاب ككتاب الحسابات السكرتارية والقيود وغير ذلك من الأقسام الإدارية. والكاتب موظف في محكمة معينة، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض.

كذلك المحضرون كل معين في محكمة معينة، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة.

ويلاحظ أنه يجب توافر الصفة في الوقت الذي يتم فيه الشراء، فلو أن المشتري لم يكن قاضياً في محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعاً فيه من اختصاص هذه المحكمة، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضي بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة، وعليه في هذه الحالة أن يتنحى عن نظر القضية. ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعاً فيه وقت الشراء، فلو لم يرق في شأنه نزاع جدي وقت أن اشتراه عامل لقضاء

(١) ومع ذلك فقد ذهب رأي إلى قصر الميع على حالة ما إذا كان المشتري محامياً عن أحد المتنازعين (الأستاذ فحى رعلول ص ٢٢٦)، وذهب رأي آخر إلى قصر الميع على المحاكم التي يترافع فيها المحامي بصفة مستمرة (الأستاذ حلمي عيسى فقرة ٩٠٢) أو المحكمة التي يباشر عمله فعلاً في دائرتها (الأستاذ اسماعيل عام ص ٤٢ - ص ٤٣)، غير أن هذه الآراء يعززها سند من القانون (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٢٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٣ ص ٤١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البهراوى فقرة ١٢٥ - ص ١٨٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٨١).

فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك وانحسم. ويجب أخيراً أن يكون عامل القضاء عالماً بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه (١).

ويستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق، أو واقعاً على بعضه. كما يستوى أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أو باسم مستعار (٢).

١١٢ - جزاء الحظر: ولا شك في أن جزاء الحظر بطلان البيع بطلائاً مطلقاً (١)، فالنص (م ٤٧١ مدني) صريح في هذا المعنى. ولا يكون لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، وفقاً للقواعد المقررة في البطلان (٢). ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع، كما سبق القول. ويترتب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمناً للحق، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي.

وبالبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام. فمما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها. وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلاً، ففي القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلاً من الشبهة في حيطة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه. فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (٤).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المحامي لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع، جاز التحويل له، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعاً فيه (٢٥ يونيو سنة ١٩٢٤ المحاماة رقم ٢/٢٦ ج ١٩).

(٢) أ - مفاد النص في المادتين ٤٧١، ٤٧٢ من القانون المدني - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أن جزاء حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذي يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ ق ص ٣١ ص ١٣٧٣).

ب - تمسك الطاعن بأن للمطعون ضده قد اشترى حقاً متنازعاً عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا يجوز اثرته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٣٤ ق ص ١٨ ص ١٥٠٠).

(٢) كأن يشتري باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق. ويجوز إثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن. وقد وضع تقنين الموجبات والمعقود اللبناني (م ٣٨١) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار (انظر أنفاً فقرة ١٠٩ في الهامش).

(٣) ويسرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايضة كما يسرى على البيع، لأن كلا من الوفاء بمقابل والمقايضة تسرى عليه أحكام البيع (انظر الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٢).

(٤) ومن ثم فقد قيل إن عامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن في شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف الملوث، ولكن هذه النظرية القديمة قد هجرت، وما دام المبيع باطلاً لا يترتب عليه أثر فإنه يسترد ما دفعه.

وفي فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء للحق المتنازع فيه، دون أن يصرح النص =

١١٣- تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis): وقد ورد في التقنين المدني (٤٧٢م) نص صريح في تحريم تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه. ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدني كان وحده يكفي لتحريم شراء المحامي حقاً متنازلاً فيه لموكله. بل إن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامي أن يشتري أي حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق كما سبق القول. أما المادة ٤٧٢ مدني فهي أصيق من المادة ٤٧١ مدني من ناحية، وأوسع من ناحية أخرى. هي أصيق، لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه. وهي أوسع، لأنها تقضي بأنه متى كان المحامي وكيلاً في الحق المتنازع فيه. فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه، وليس الشراء فحسب. فلا يجوز له أن يشتري الحق، ولا أن يقايض عليه، ولا أن يوهب له، ولا أن يشارك فيه، ولا أن يقترضه. ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الانفاق على التقاضي. والخطر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حفظه في استخلاص حقه غير كبير، ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً. ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويستوى أن يتعامل المحامي باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق. وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامي تقدير أتعابه، ويرجع على الموكل بها هي وما عسى أن يكون قد أنفق على التقاضي (١). كذلك لا يوجد ما يمنع، إذا انتهى النزاع في الحق، أن يتعامل المحامي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه (٢) (١).

=البطلان كما صرح نص التقنين المدني المصري، فانقسم الفقه الفرنسي بين قائل ببطلان البيع وقائل بقابليته للإبطال. فمن القائلين بالبطلان: لوران ٢٤ فقرة ٦٣ - جيار ١ فقرة ١٤٠ - هيك ١٠ فقرة ٥٥. ومن القائلين بالقابلية للإبطال: ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٥ وهامش ٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٦ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٧ - بلايول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٣٧ - جوسران ٢ فقر ١٠٣١.

(١) أما تعامل المحامي الباطل في الحق المتنازع فيه فيكون محل موازنة تأديبية (أنظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٤٩).

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى. «زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء، هو التطبيق الكثير الوقوع في العمل، وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع عنه - pacte de quota litis - سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره، وسواء تعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار. ٦٣٨ م المشروع وهي مقولة عن المشروع الفرنسي الإيطالي م ٣/٣٣٣، ولا نظير لها في التقنين الحالي (السابق) ويلاحظ أنه يجوز، بعد انتهاء النزاع، أن يتعامل الموكل مع المحامي في الحق الذي كان متنازلاً فيه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥).

(١) لكن كان النص في المادة ٤٧٢ من القانون المدني على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل =

وقد كان تعامل المحامي في الحق الموكل في النزاع بشأنه محرماً على الرأي الراجح، في عهد التقنين المدني السابق (١)، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يحرم على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين في النزاع أو غير موكلين. فلم يستحدث التقنين المدني الجديد حكماً جديداً في هذا الصدد، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً في التحريم (٢).

٢- بيع السلم

١١٤- السلم في الفقه الإسلامي: لما كان بيع المعدوم باطلاً في الفقه الإسلامي، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم، وهو بيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود. ونستعرض هنا في إيجاز، ملخصاً عن البدائع (٣)، الحطوط الرئيسية في بيع السلم في الفقه

=باسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً، إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع في الحق أن يتعامل المحامي فيه مع موكله بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه. (جلسة ١٩٨٤/٦/١٢ الطعن ٣٠٧ لسنة ٥١ ق م ٣٥ ص ١٦٢٣)

ب- تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدني على المحامين التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً، فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته ولياً طبيعياً على ولديه القاصرين وهما ليسا من تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلاً إلا إذا ثبت أنهما كانا اسماً مستعاراً لوالدهما الطاعن الأول، فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذي أيده الحكم المطعون فيه لم يبين إذا كان اسم المشتري مستعاراً من عدمه، وكان ذلك دفاعاً جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشتري كان اسماً مستعاراً للطاعن يكون مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٤/٣/١٩ الطعن ٣٦٥ لسنة ٢٩ م ١٥ ص ٣٨١)

(١) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٢٢٨ - استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٣٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٧ ص ٤١٦ - الأستاذ مصور مصطفى منصور فقرة ١٢٥.

وإذا كان التقنين المدني السابق لم يشتمل على نص صريح في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكل في النزاع بشأنه، فقد اشتمل قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا النص، إذ تقضي المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتي: «وليس له على كل حال أن يتنازع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها، أو أن يتفق على أحد جزء منها نظير أتعابه، أو على آخر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها. وعلى كل حال لا يجوز له أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة في الدعوى».

(٢) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل المادة ٤٧٢ من التقنين المدني المصري، ولكن الفقه الفرنسي يحرم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه تطبيقاً للمادة ١٥٩٧ مدني فرسي وهي التي تماثل المادة ٤٧١ مدني مصري (بودري وسينيا فقرة ٢٦٨).

(٣) البدائع للكاساني ٥ ص ٢٠١ - ٢٠٥.

الإسلامي، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري. ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبناني أفرد لهذا البيع نصوصاً خاصة، فأننا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك.

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بشئ مقبوض في الحال، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم. ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم، والبائع المسلم إليه، والمبيع المسلم فيه، والثلث رأس المال. وتري من ذلك أن السلم هو بيع المعلوم، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعلوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه. على أن للسلم شروطاً وقيوداً تخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعلوم، وتكسبه سمة خاصة تجعله استثناءً مقيداً في حدود ضيقة.

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحظنة سقية وسط أو تمر فارسي جيد، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير. فلو كان مما لا يمكن، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش، لا يجوز السلم فيه. فيجوز السلم إذن في المكيلات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال، وفي العديديات المتقاربة كالجز والبيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة، وفي الذرعات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم. ولا يجوز السلم في العديديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلي والجلود والبطيخ والقشاء والسفرجل والرمان ونحوها، لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة. ويجب في السلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعيين، فإن لم يكن كالدرهم والدنانير، لم يجز السلم فيه، لأن المسلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتعيين، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية، وعند الشافعي هذا ليس بشرط، وسلم الحال جائز. وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - البائع - تمكيناً له من الاكتساب، فلا يكون لازماً كما في بيع العين. واحتجت الحنفية بأن السلم حالاً يفضي إلى المنازعة لأن السلم بيع المفاليس، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى الفسخ. وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الإفلاس، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية. ولو مات المسلم إليه قبل الأجل، حل الدين. ويجب أن يكون نوع المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل، أو كان موجوداً فيهما لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشياء ذلك، لا يجوز السلم. وهذا عند الحنفية، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد.

أما الثمن - رأس المال - في السلم، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برني وسط. ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع بالكالي الكالي أي النسيئة بالنسيئة. ويشترط القبض سواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً، وهو قول مالك. وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين، وهذا افتراق عن عين بدين وإنه جائز. وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً، والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين.

ويتبين مما قدمناه أن السلم، بما أحاطه من قيود، أصبح عقداً خاصاً يتميز عن سائر العقود. وأهم القيود التي تحيط به أربعة: (١) يجب قبض رأس المال، أي الثمن، في مجلس العقد. (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين. وهذا الشرط، في رأينا، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً، فكأن السلم يرد لا على معدوم، بل على موجود بالنوع لا بالذات. ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشية من الضرر، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر. فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينقد ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة. وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لا باحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات. (٣) ولا يجوز السلم في العديديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلي والبيطخ والقشاء والرمان والسفرجل ونحو ذلك. (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم للمسلم عند الحنفية فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعلوم في الحال، حتى لو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم. ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء، وهو بيع بأوكس الأثمان، إذ البائع يبيع ما ليس عنده، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل (١).

(١) فلو أن السلم في الفقه الإسلامي تحلل من هذه القيود، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسليم المبيع، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت حلول الأجل حتى يجوز بيع محصول بالذات، لأمكن القول إن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المعلوم في الحال في الفقه الإسلامي ما دام أنه محقق الوجود في المال. وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي، كما رأينا، شوطاً في محو هذه القيود. فمذ مالك لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً ولا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع المسلم فيه من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل، بل يصح السلم في المعلوم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء.

١١٥- السلم في القانون المصري: ولم يرد نص خاص ببيع السلم في التقنين المدني المصري. وليس التقنين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقبلي فيه جائز ما دام محتمل الوجود. فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلية وبيع المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة والمتفاوتة والمدروحات وغير ذلك، حتى لو لم توجد في الحال، ما دامت توجد في المستقبل. والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة، فلا يشترط فيه قبض الثمن في المجلس كما يشترط ذلك في الفقه الإسلامي، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع، ولا أن يكون من العديدات المتقاربة، وذلك لأن قواعد القانون المصري تحتل من الغرر ما لا تختمله مبادئ الفقه الإسلامي.

وفي القانون المصري يوجد بيع مؤجل التسليم *vente à livrer, marché à terme* ويكثر التعامل به في البورصة، في البضائع كالقطن وفي الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة. ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم، فهو بيع مضاربة، أما بيع السلم فقد رأينا أنه بيع المفاضل. ففي الصفقات الآجلة (*marché à terme*) يغلب أن يكون كل من البائع والمشتري مضارباً على الفرق في الأسعار، فتنتهي الصفقة لا إلى التسليم عينا بل إلى دفع الفرق، فإن ارتفع السعر في البائع للفرق، وإن نزل فالفرق يدفعه المشتري. ويعقد البيع على هذا الوجه في بورصة مرخص بها، ويحصل بواسطة سماسرة مقيمة أسماؤهم في قائمة تحررها لجنة البورصة، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة (١). أما بيع السلم في الفقه الإسلامي، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون في حاجة قبل أن ينتج سلعته فيأخذ من الغير في مقابل أن يورد له السلعة في أجل معين. فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهي الحصول على مال عاجل في مقابل شيء آجل (٢)، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهي في الغالب المضاربة على فروق الأسعار.

١١٦- السلم في القانون اللبناني: وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني نصراً خاصاً ببيع السلم، تخطى فيها القيود التي أسلفنا ذكرها في الفقه الإسلامي، إلا قيد تعجيل الثمن فإنه استبقاه، وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للبينة والقرائن.

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن «بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان. ولا يثبت هذا العقد إلا كتابة». وتنص المادة ٤٨٨ على أنه «يجب دفع الثمن

ومع ذلك فالقيد لا يزال مستعصياً، في مختلف المناهج، هو شرط تعجيل الثمن إذا كان ديناً، ويضاف إليه أن الأحل يسقط بموت البائع.

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجاري (قديم) - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤.

(٢) فهو صرب من يبيع الائتمان، خاصيته أن المبيع لا الثمن هو المؤجل.

كله إلى البائع وقت إنشاء العقد. وإذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع، اتبع العرف في تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩ لبناني). وإذا لم يبين مكان التسليم، وجب أن يكون مكان العقد (م ٤٩١ لبناني). ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بورنه أو بكيهه كالمواد الغذائية، فإن كان مما لا يعد ولا يوزن فيكفي أن يعين بوصفه وصفاً دقيقاً (م ٤٩٠ لبناني).

ثم تنص المادة ٤٩٢ من تقنين الموجبات والعقود على أنه «إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعد به، فللمشتري أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذي أسلفه أو أن ينتظر إلى السنة التالية. وإذا عرض البائع في السنة التالية الشيء المعقود عليه البيع، وجب على المشتري استلامه، وليس له أن يفسخ العقد. ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع. أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود، فتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة».

المطلب الثاني

تعيين المبيع

١١٧- كيفية تعيين المبيع: قدمنا عند الكلام في تعيين المحل (١) أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين (١).

فإذا وقع البيع على شيء معين بالذات، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة. فإذا باع شخص داراً، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى. وإذا باع أرضاً، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢). وإذا باع آلة ميكانيكية، وجب أن يعين نوعها وأوصافها المميزة. وقد رأينا فيما قدمناه أن المشتري يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع عالماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣.

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بالألا ضرورة لذكر حدود الأطنان ما دام للمتعاقدان علم تام بموقع وحدود هذه الأطنان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩). وقضت أيضاً بأنه يكفي لتعيين الأرض المبيعة ذكر الناحية والمحوض ورقم القطعة دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٦).

(١) يدل النص في المادتين ١/١٣٣، ١/٤١٩ مدني على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بإمكانهم استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من الية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذها له.

(جلسة ١٩٩٢/٦/٣٠ الطعن ١٥١ لسنة ٦١ ق)

إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ٤١٩ مدنى).

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات، فإنه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره (م ١/١٣٣ مدنى)، فيقال مثلاً مائة أردب من القمح الهندى من الصنف الجيد. فإذا لم يحدد المقدار، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده (م ٢/١٣٣ مدنى)، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أعذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد فى العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة. وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن البائع، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن المشتري (م ٢/١٣٣ مدنى) (١).

ونرى مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيناً بالذات يحصل بالتقدير، وقد يكون البيع جزافاً. كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة. أما الشئ المعين بالذات، فيتعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة. ولا يمنع الشئ من أن يكون معيناً أن يكون مجموعاً من المال كما فى بيع التركة.

فنبحث على التوالى: (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف. (٢) البيع بالعينة (٣) بيع التركة.

١- البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure- vente en bloc)

١١٨- كيف يكون البيع بالتقدير: رأينا أن المبيع إذا كان من المثليات، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً. فإذا باع شخص من آخر مائة أقة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن، أو باع ستين أردباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل،

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالوزن فقط، وهو المادة ٥٥٨ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا لم يتعين الشئ المبيع إلا بوزنه، وجب أن يكون هذا الشئ معيناً تعييناً كافياً، عدداً أو وزناً أو كيلاً أو مقاساً». ويقابل هذا النص المادة ٢٦١/٢٢٨ من التقنين المدنى السابق، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «فإذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط، لا يكون البيع معتبراً إلا إذا كان التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر، وكان المبيع معروفاً بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبى عليه صحيحاً. ولا فرق فى الحكم بين النصين. وقد حذف نص المشروع التمهيدي فى لجنة المراجعة لأن حكمه مستعاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية) ص ١٤ - ص ١٥ فى (البهامش).

أو مائتى ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد.

ونرى من ذلك أن المبيع إذا احتاج فى تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقاس أو عدد، كان البيع بالتقدير، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً. ويتم التقدير فى المكان والزمان المتفق عليهما، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفى الوقت الذى يجب فيه التسليم. ويجب أن يكون تقدير المبيع - الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد - واقعاً من البائع أو نائبه بمحضر من المشتري أو نائبه (١).

١١٩- كيف يكون البيع الجزاف- نص قانونى: وإذا كان الشئ مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد، ولكن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات، فالبيع جزاف. فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التى توجد فى مخزنه، وعين المخزن تعييناً كافياً، فإن البيع لا يكون فى هذه الحالة بالتقدير، بل يكون جزافاً (١).

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلويدى داللوze لفظ vente فقرة ٨٥٣ - فقرة ٨٦٠ - ويصح تبعاً للعرف أن يكون إثبات إفراز المبيع بوضع علامة على أكياس القطن مثلاً. وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والعدد عادة على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦).

وقد يتم التقدير بغير محضر المشتري أو نائبه، كما إذا تم الوزن بميزان معتمد (القبان) وجرى العرف بذلك، أو سلم المبيع إلى عامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع والمشتري على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى عامل النقل، وهذا ما لم يشترط المشتري أن التسليم لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسليمها من عامل النقل أنظر فى هذه المسألة: بودرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤١ ثانياً - بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلويدى داللوze لفظ vente فقرة ٨٥٧ - فقرة ٨٦٠ - الأستاذ عبد المعصم البدروى فقرة ١٦٥.

(١) أ- يدل النص فى المادتين ١/١٣٣، ٤١٩ مدنى على أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شئ وجب أن يكون هذا الشئ معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد على شئ معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشئ معروفة لطرفيه سواء بوصفه فى العقد وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة أو بإمكانهم استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التى تم بها تنفيذها.

(جلسة ١٩٩٢/٦/٣٠ الطعن ١٥١ لسنة ٦٦ق)

ب- إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت عن أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية) على أن يقوم باستغلال التطرون الجاف بمستقعات مسطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين وعلى أن يدفع للمطعون عليها علاوة على هذا الثمن اتاوة بواقع كذا حبها عن كل طن يستخرج زيادة على ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولى وألف من المنطقة الثانية، كما استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن على حد أدنى لكمية التطرون الذى يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذى رسا به المراد عليه وأن مقدار الألف والخمسمائة -

ويكون البيع جزافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع الملكية الموجودة بالمخزن أو أى جزء شائع فيها، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن^(١).

ويبقى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما فى المخزن أو جزءاً شائعاً منه، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين، كما إذا باع كل ما فى المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب. فالبيع فى هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود فى المخزن أو على نصفه، فهو بيع جزاف^(٢)، وإذا تبين أن الكلى أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد.

وما دام المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير^(٣)، فإذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذى فى المخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يعين إلا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى المخزن ليعرف مقداره. وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير، ما دام الثمن يحتاج فى تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك. ويقول أصحاب هذا رأى إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذا هو لم يتعين، والذى يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع. والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى، والثمن غير منعدم ويكفى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين، وهو هنا

=طن والألف طن لم يردا فى أوراق التعاقد إلا لتحديد الأناوة التى اشترط على الطاعن دفعها، فهذه العقد موضوعه محصول طبيعى غير متجدد وليس ثمرة أو ربما للمستقعات المذكورة لكونه جزءاً منها لا بد من نفاذه يوماً ما وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من الفاظ المؤجرة والاهجار والمستاجر، أنه عقد بيع للنظرون لا عقد اهجار للمستقعات، والمبيع بموجبه هو عين معينة هى كل النظرون الموجود بالمستقعات بلا حاجة إلى وزن وثمانه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الأناوة، وينبنى على ذلك اعتباره - وفقاً للمادة ٢٤٠ من القانون المدنى القديم - بيعاً جزافاً فهو يقع لازماً مهما كان مقدار المبيع أقل مما أمله المشتري.

(جلسة ١٩٥١/١٢/٦ الطعن ١٧ لسنة ١٩٠٩ مجموعة القواعد القانونية لاحكام النقص فى الم - ٢٥٠
عاماً قاعدة ١٢٨ ص ٣٦٦)

(جلسة ١٩٥٥/٥/١٢ مجموعة أحكام النقص السنة ٢٥ ص ٣٤٨).

(١) بودرى ومييا فقرة ١٥٣ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - ٣٧٣.
(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤٣ - بودرى وسينا فقرة ١٥٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذ جميل الشقراوى فقرة ٤٩ ص ١٢٦.

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٠ - شبين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦.

قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع^(١). وقد حسم التقنين المدنى الحديد هذا الخلاف، فنصت المادة ٤٢٩ منه على أنه إذا كان البيع جزافاً، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذى تنتقل به فى الشئ المعين بالذات، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع^(٢).

(١) وإذا أخذنا بالرأى الأول فى القانون الفرنسى، فإن تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون على البائع ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد تقدير الثمن. ومن القائلين بهذا رأى: ماركاديه م ١٥٨٥ ١٥٨٦ فقرة ١ - فقرة ٣ - هيك ١٠ فقرة ١٨ - بودرى وسينا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا أخذ بالرأى الثانى، فقبل تقدير الثمن يتحمل المشتري تبعة الهلاك فى القانون الفرنسى دون القانون المصرى، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري فى القانونين. ومن القائلين بهذا رأى: أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٢٣ وهامش رقم ٤٣ - جيوار ١ فقرة ٣٠ - بيدان ١١ فقرة ١٦١ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - كولان وكابيتان ٢ ص ٥٦٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٣٣. والقضاء الفرنسى أخذ بعد تردد بالرأى الثانى (أنظر الأحكام فى بلانيول وريير وهامل ١٠ ص ٣٧٢ هامش ٤ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٨٤٩ وفقرة ٨٥١).

وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافاً والثمن هو الذى يحتاج إلى تقدير، فملكية المبيع الجزاف تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد، ولكن تبعة الهلاك تكون على البائع وفقاً للمادة ١٥٨٥ فرنسى فهل تجعل تبعة الهلاك على البائع فى المبيع بالتقدير ولا تعرض لانتقال الملكية (ديراتون ١٦ فقرة ٩٢ - ديفرجيه ١ فقرة ٨٣ وما بعدها - لوران ٢٤ فقرة ١٣٩ - كولىه دى سانتير ٧ فقرة ٧ مكررة ثانياً).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٥٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: ١٥ - ينقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشئ المبيع وفقاً للمادة ٢٨٠ إذا كان هذا الشئ معيناً بالذات. أما إذا كان الشئ لم يعين إلا بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلا بفرزه وفقاً للمادة ٢٨١. ٢ - إذا كان البيع جزافاً، انتقلت الملكية إلى المشتري كما تنتقل فى الشئ المعين بالذات. ويكون البيع جزافاً حتى لو كان واجباً فى تحديد الثمن أن يقدر المبيع. وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٢ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب عليها، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤ - ص ٤٦).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠، وكانت تجرى على الوجه الآتى: إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٣٠٧/٢٤١، وكانت تجرى على الوجه الآتى: أما إذا كان البيع ليس جزافاً، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس، فلا يعتبر البيع تاماً، بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس - والمادة ٣٢٨/٢٦٨، وكانت تجرى على الوجه الآتى: لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري. ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق وقع فى خطأ، (أولاً) قرر أن المبيع المعين بالنوع لا يبقى فى ضمان البائع إلا إلى وقت الفرر، والصحيح أنه يبقى فى ضمان البائع إلى وقت التسليم. (ثانياً) قرر أن المبيع المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم، والصحيح أنها تنتقل بالعقد حتى لو تم التسليم، أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى (وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ -

ونرى من ذلك أن البائع إذا باع مثلاً عشرين أردباً من القمح سواء من القمح الموجود في مخزنه أو من أي قمح آخر يصفه وصفاً كافياً - كان البيع بالتقدير، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات مثلاً، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنيه جملة واحدة. وإذا باع كل القمح الذي في مخزنه أو جزءاً شائعاً منه، فإن البيع يكون جزافاً، سواء قدر الثمن جزافاً بأن جعل مائة جنيه جملة واحدة، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات. فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف، سواء قدر الثمن جزافاً أو احتاج إلى تقدير (١).

١٢٠ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انتقال الملكية: والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذي قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري. ففي بيع الجزاف تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع (١) (٢). أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد

= مصطلح الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٨ وهي مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدني المصري - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣١، وتجرى على الوجه الآتي: إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز (والحكم واحد في التقنين العراقي والمصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٩ - فقرة ١٤٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٦) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد الآتية: م ٣٧٤ - يكون البيع: ١. إما جزافاً وهو الذي يكون موضوعه مجمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن... م ٣٨٩ - إن البيع جزافاً يعد تاماً منذ اتفاق المتعاقدين على المبيع والثمن، وإن لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاقتضاء - م ٣٩٠ - إذا كان البيع بالوزن أو بالعد أو بالقياس، فإن المبيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يتم الوزن أو العد أو القياس. وأنظر أيضاً المادة ٣٩٧. (والأحكام واحدة في التقنينين اللبناني والمصري).

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض محددة تؤخذ من مجموع أكبر، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يباع العقار بالتقدير، كما في بيع ألف متر مثلاً تفرز من قطعة أرض معينة (استشاف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٩)، فلا تنتقل الملكية إلا بعد الإفراز والتسجيل.

(٢) التمييز بين البيع الجزافي والبيع بالتقدير فأمر يتعلق بتحديد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية المبيع للمشتري من كل منهما وتعيين ما إذا كان البائع أو المشتري هو الذي يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم، وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بأهمية المشتري في أخذ الزيادة التي ظهرت بالمبيع بلا مقابل عملاً بالمادة ٤٣٣ مدني على مجرد اعتباره البيع جزافاً مع أنه ليس من مؤدى ذلك حتماً أعمال حكم هذه المادة ومطاطه أن يتفق على ثمن المبيع جملة لا بحساب سعر الوحدة فإن الحكم يكون قاصر البيان.

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٤١٨)

(٢) متى كان المبيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩ =

البيع، ولكن تنتقل بإفراز المبيع وزناً أو كيلاً أو مقاماً أو عداً على الوجه الذي قدمناه. فالإفراز لا البيع هو الذي ينتقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا في شيء معبر بالذات، ولا يتعين المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فإن العمليتين - الإفراز والتسليم - تختلطان إحداهما بالأخرى، ويبدو أن الذي ينتقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم (١).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذي في مخزنه، سواء بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة ففي هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجودة في المخزن إلى المشتري بمجرد انعقاد المبيع (٢). أما إذا باع عشرين أردباً من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة، فإن ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم (٣).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع في بيع الجزاف أن ثمرات المبيع ومطرأ عليه من زيادة - كبيع قطع من الغنم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولاً - من وقت انعقاد البيع تكون للمشتري، إذ أن هذه الزيادة طرأت على ملكه. أما في بيع التقدير فلا تكون الزيادة للمشتري إلا بعد الإفراز، إذ هو لا يملك المبيع قبل ذلك (٤).

= ٩٣٣، ٣٠٤ من القانون المدني ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقاً للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتول عملية استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك.

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٦٢٢)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ في الهامش.

(٢) فإذا باع شخص محصول أرضه جزافاً مرتين متعاقبتين لشخصين مختلفين، فالبيع الأول هو الذي ينتقل الملكية، ويقدم على البيع الثاني (استشاف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠).

(٣) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافاً، وبعد جني القطن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمشتري حجز عليه أحد دائني البائع، فالحجز يقع صحيحاً، لأن ملكية القطن لم تكن وقت توقيع الحجز قد انتقلت إلى المشتري (استشاف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ١٤٢ ص ٤٨٦).

(٤) ويترتب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشتري إذا استولى على المبيع خفية بنية الاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة، وإذا أنفلس البائع قبل التقدير دخل المبيع في التفليسة وإذا نزع ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة العامة كان التعويض من حق البائع لا من حق المشتري (بلائيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٧٣ هامش رقم ٤ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٦ - الأستاذ عبد المعين البدرائي فقرة ١٦٥). ويعتبر الاشتراك في المياه والغاز والنور وما إلى ذلك بيع جزاف لا بيع تقدير، لأن الذي يحتاج إلى تقدير هو الثمن لا المبيع ويترتب على ذلك أن المشتري =

١٢١- أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل تبعه الهلاك: وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم. ولما كان القانون الفرنسي ينقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل التسليم، فإن تبعه هلاك المبيع في بيع التقدير لا يتحملها المشتري إلا بعد إفراز المبيع أي بعد انتقال الملكية. فلو أن شخصاً باع عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز المبيع، فإن العشرين الأردب الداخلة في القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشتري لأنها لم تكن قد فرزت، ويتحمل المشتري من دفع الثمن (١). أما إذا باع صاحب المخزن جميع القمح الذي في مخزنه جزافاً، ثم احترق القمح قبل التسليم، فإنه يهلك على المشتري لا على البائع، إذ انتقلت تبعه الهلاك إليه بانتقال الملكية، فيبقى ملتزماً بدفع الثمن للبائع (٢).

أما في مصر فسنرى أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشتري، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشتري. فهلاك الشيء قبل التسليم، سواء في بيع الجزاف أو في بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده، يكون في القانون المصري على البائع، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه. لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع، فإن تبعه الهلاك بعد الإعذار تكون، حتى في القانون المصري، على المشتري لا على البائع. لو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً، وأعذر المشتري ليتسلم هذا القمح، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري، فالهلاك على المشتري لا على البائع. ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه، ثم أعذر البائع المشتري ليحضر الإفراز فلم يفعل، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز، فإن تبعه الهلاك في بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشتري، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز فيهلك على البائع.

١٢٢- لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انشاء الالتزامات الشخصية: وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعه الهلاك، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف

= يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف ذلك على تقدير الكمية الموردة عن طريق العداد (انسكلوبيدى داللو ٥ لفظ vente فقرة ٨٥١).

(١) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح الموجود بالمخزن، فإذا احترق المخزن بقي البائع ملتزماً بتسليم المشتري عشرين أردباً من القمح بالأوصاف المتفق عليها، ولا يعد احتراق القمح في المخزن هلاكاً للمبيع (بودرى وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١٥٠).

(٢) هيك ١٠ فقرة ١٦- بودرى وسينيا فقرة ١٤٩- وتبقى الصعوبة العملية في تقدير الثمن، وقد يكون متوقفاً على تقدير القمح وقد استحال لا حترقه. وعلى البائع عبء إثبات مقدار القمح الذي احترق ليثبت مقدار الثمن المستحق في ذمة المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤).

من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين. فبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير، كلاهما عقد بيع تام، وليس عقداً غير مسمى. فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف في ذلك، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات.

ففي بيع التقدير، كما في بيع الجزاف، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسليمه. فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردباً من القمح، كان للمشتري إجبار البائع على تسليم هذا المقدار، أو الحصول على مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدني). وكان للبائع إجبار المشتري على تسلم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب الفسخ (١).

٢- البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- إذا كان البيع بالعينة، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها.

٢- وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق (٢).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكنه متفق مع القواعد العامة.

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥١- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤- ويعقد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير. فبيع المذاق مجرد وعد بالمبيع، يتقلب بيعاً بارتضاء المبيع بعد المذاق. وبيع التجربة بيع معلق على شرط واقف أو شرط فاسخ، يتقلب بيعاً بائناً بارتضاء المبيع بعد التجربة. وبيع التقدير بيع بات، ولكن تنفيذه مرجأ إلى وقت تقدير المبيع (جوسران ٢ فقرة ١٠٦٦).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدي على وجه قريب مما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، ببعض فروق لفظية. وقد أزيلت بعض هذه الفروق في لجنة المراجعة، وأصبح النص رقمه ٤٢٣ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٠ بعد إزالة بقية الفروق اللفظية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١ و ٢٣ ص ٢٤).

٣٨٨- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٩- وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥١٨- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٤٤(١).

١٢٤- العينة طريق لتعيين المبيع: قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع، فيتقدم أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها. فيعطى بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه إياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشتري حتى يضاهي عليها ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك(٢)(١).

والعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه(٣) فهي المبيع مصغراً، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجوده وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها. وهي في الوقت ذاته تغني عن رؤية المبيع،

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٣٨٨ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٤).

التقنين المدني الليبي م ٤٠٩ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ٥١٨: ١- الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها، تكفي رؤية النموذج فيها. فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع. ٢- فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ منه، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون بالثمن أو مشترطاً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له.

(والأحكام واحدة في التقنين العراقي والمصري، فيما عدا أن جزاء عدم المطابقة للنموذج في القانون العراقي الفسخ أو الأخذ بالثمن المسمى، أما في القانون المصري فالفسخ أو إنقاص الثمن أو إجبار البائع على تقديم شيء مطابق للعينة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧- ٨٠- الأستاذ عباس حسن الصراف ص ٢١٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: م ٤٤٤- إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المباعة. وإذا هلك أو ناله عيب، فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه. (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري، فيما عدا أن عبء إثبات عدم المطابقة للنموذج في حالة هلاكه تقع دائماً في التقنين اللبناني، على المشتري ولو كان النموذج في يد البائع وضاع أو تلف، وفي التقنين المصري يكون عبء إثبات المطابقة في هذه الحالة على البائع).

(٢) أنظر البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي ابن عابدين ٤ ص ١٠١- الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٢.

(٣) نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩.

(١) تفهم نية المتعاقدين لمعرفة ان كانت قد اتجهت إلى البيع بالعينة أم إلى البيع بحسب المواصفات الواردة في التعهد هو من مسائل الواقع التي يستعمل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاءً فيها على استحلاله سليم

(جلسة ١٦/١٠/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٧ ص ٣٤٦).

إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع. وقد جاء النص الخاص بالعينة (م ٤٢٠ مدني) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به (٤١٩ مدني). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص نص المادة ٤٢٠ مدني: «هذا النص جديد لا نظير له في التقنين الحالي (السابق)، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج. وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع واكتفى برؤية النموذج، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالاً بخيار الرؤية، وهو موضع النص السابق(١)».

والمشتري هو الذي يحتفظ بالعينة عادة، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع(١).

١٢٥- وجوب مطابقة المبيع للعينة: ويجب أن يجمع المبيع مطابقاً للعينة مطابقة تامة(٢)، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أي جزء منه لا يكون مطابقاً لها(٣)، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل(٣)(٣).

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشتري رفضه، ولو وجده غير ملائم لحاجته(٤). بل ليس للمشتري، في الأشياء التي تجرب عادة أو مذاق، أن يرد المبيع المطابق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧١.

(٣) بلانيول وريبر وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥.

(٤) نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ - استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤.

(١) التعاقد بالعينة لا يؤثر في صحة انعقاده عدم توقيع الملتزم على العينة وإجازة أن يكن ذلك مثار خلاف عند تنفيذ العقد، ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تقرره من أن العقد تم على عينة معينة وأن العقد قد عاينها.

(جلسة ١٥/٥/١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٣٤٦)

(٢) البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التي جرى التعاقد عليها فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع البائع أن يحصل على بضاعته من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه، فإن كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفرق الثمن لمصلحة المشتري.

(جلسة ١٢/١٢/١٩٤٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٣٤٦)

(٣) إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون مطابقاً لها، ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم الشيء مطابق للعينة المتفق عليها، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشتري بأداء المقابل وهو الثمن.

(جلسة ١٥/١٠/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٥٦٧)

العينة، ولو وجده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم، فما دام المبيع مطابقاً للعينة وجب على المشتري قبوله^(١). ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع^(٢).

وإذا وقع نزاع، مع وجود العينة، فيما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق، فإن البائع هو الذي يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة^(٣)^(١). ويجوز الالتجاء إلى الخبراء في ذلك، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضي^(٤).

١٢٦- جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة: قدما أن المبيع إذا لم يجرى مطابقاً للعينة، لم يجبر المشتري على قبوله. وينفتح أمامه، جزاء على عدم المطابقة، أبواب ثلاثة:

أولاً- يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العيني، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعينة^(٥). بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدني).

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥.

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ م ٣٨٠.

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٠٨ م ١٦٢- ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري إذا احتفظ بالعينة يكون هو المكلف بالإثبات عدم مطابقة المبيع للعينة (١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٣٥). وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type). ففي البيع الأول يجب أن يجرى المبيع مطابقاً كل المطابقة للعينة، أما في البيع الثاني فيكفي أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج ما دام المبيع صالحاً للغرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ١٥٣). وانظر الأستاذ أنور سلطان م ٥٥ هامش رقم ١.

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ م ٣٨٠.

هذا وليس المشتري ملزماً بمجرد تسليم البائع أن يضاهيه على العينة وأن يخطر البائع بعدم مطابقته لها في ظرف لثمان وأربعين ساعة من وقت تسليم البائع، فإن هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين متسلم البضاعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من التقنين التجاري، وتقابل المادة ١٠٥ من التجاري الفرنسي (كولان وكايشان ٢ فقرة ٨٩١ م ٥٩٦).

(٥) ذلك أننا نعتبر العينة طريقاً من طرق تعيين المبيع كما سبق القول، فالبيع بالعينة بيع بات (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٠٨)، وليست مطابقة المبيع للعينة شرطاً واقعاً أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انفسخ أنظر مع ذلك في أن البيع بالعينة بيع معلق على شرط فاسخ الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٢٨ م ٦٢-٦٣ أو بيع معلق على شرط واقف محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢٤.

(١) إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة في خصائصها التي رأت أن المتعاقدين قصداهما فليس في استظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة ما يفي بالمطابقة طالما أنها قد انتهت بما =

ثانياً- ويستطيع، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني، أن يطلب فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شيء مطابق للعينة^(١). ويجوز فوق ذلك أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه، وذلك وفقاً للقواعد العامة.

ثالثاً- ويستطيع، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ، أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل من قيمة الشيء المطابق للعينة^(٢).

١٢٧- إثبات العينة: وقد يحتاج أحد المتبايعين إلى إثبات العينة إذا نازع فيها المتبايع الآخر، وتعرض مسألة الإثبات في فرضين:

(الفرض الأول) أن يكون المطلوب إثباته هو ذاتية العينة، فهي في يد المشتري أو في يد البائع، والطرف الآخر ينكر أنها هي ذاتها العينة المتفق عليها. وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة، وهذه تقضي بأن من كانت في يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى. فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشيء الذي في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها^(٣)، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين

الطرفين من سلطة التقدير في هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقا لا يؤه بها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة.

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ م ٦٥٩).

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «والبائع على كل حال مسئول عن مطابقة المبيع للنموذج. فإن اختلفت هذه المطابقة، جاز للمشتري أن يرفض تسليم المبيع، وله أن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه. وتتفق التقنينات الأجنبية في هذا الحكم: أنظر التقنين اللبناني م ٤٤٤، والتقنين الألماني م ٤٩٤، والتقنين البولوني م ٣٢١، والتقنين البرازيلي م ١١٣٥، والتقنين المصري م ٣٨٨، والتقنين السوفيتي م ٥٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ م ٢٢).

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٤٦ م ١٨٨- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٦ - ولكن المشتري، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن، لا يمكن إجباره على هذا القبول. وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق العينة التي جرى التعاقد عليها، فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العينة جودة أو نقاوة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ م ٦٧٩). ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الفرق بين المبيع والعينة طفيفاً ولا يؤثر في جودة المبيع أو في صلاحيته، لم يكن هناك وجه إلا لتقيص الثمن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ١٨٦- أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٣٠ م ٤٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٦).

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٠٩ م ١٦٣.

الطرفين وقد وضعت على العينة، فوجود هذه العلامة يكفي لإثبات ذاتية العينة^(١).

(والفرض الثاني) أن تكون العينة قد فقدتها من كانت يده أو تلفت أو هلك، ولو دون خطأ من أحد. فإن كان ذلك وهي في يد المشتري، كما هو الغالب، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة، فعليه هو أن يثبت ذلك فإن البائع لا يد له في ضياع العينة، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها، حتى يثبت المشتري العكس. وإن كانت العينة في يد البائع، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها، فعلى البائع أن يثبت المطابقة. ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق، بما في ذلك البينة والقرائن^(٢).

٣- بيع التركة

(vente d'hérédité)

١٢٨- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

«من باع تركة دون أن يفصل مشملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك».

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي:

«إذا بيعت تركة، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات».

(١) وقد أخذ تقنين الالتزامات السويسري بمبدأ أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله، وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «ويعني التقنين السويسري (م ٢٢٢) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج، وعنده أن من يؤتمن على النموذج يصدق بقوله، سواء أكان البائع أم المشتري، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس. وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الإثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣)».

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢- وقد يهلك المبيع - لا العينة - بسبب أجنبي وهو في يد المشتري، فعلى المشتري إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبي وأن المبيع غير مطابق للعينة، وعند ذلك لا يكون البيع قد انعقد، ويكون الهلاك على البائع (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢).

وقد رأينا أن تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٤٤٤ م) يجعل عبء الإثبات على المشتري دائماً، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك في يد المشتري أو في يد البائع (انظر آنفاً ص ١٢٣ في الهامش)

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي:

«إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد».

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي:

«يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة، ويحسب للبائع كل ما يكون دائماً به للتركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك»^(١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٣٥٠ (٢).

وتقابل هذه التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٤٤١- ٤٤٤- وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٢- ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٣).

(١) تاريخ النصوص:

م ٤٧٣: ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي. ثم أقره مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠٧).

م ٤٧٤: ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي. ثم أقره مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠).

م ٤٧٥: ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدي: «إذا كان البائع قد قبض غلة بعض أعيان التركة». وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة، لا لنسخ حكمها، بل اعتبار الحذف تعديلاً لفظياً، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢).

م ٤٧٦: ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع ورد فيه: «يرد المشتري للبائع.. كل ما يكون دائماً به للتركة فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية «ويحسب للبائع كل ما يكون دائماً به للتركة»، وهي أكثر دقة، فإن البائع إنما يرجع يديه على التركة ولا يسترده من المشتري. وأصبحت المادة رقمها ٥٠٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ص ٢١٤).

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٣٥٠: يدخل في بيع استحقاق التركة ما لها من الديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك (وأحكام التقنينين السابق والجديد واحدة).

(٣) التقنيات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٤١ ٤٤٤ (مطابقة للمواد ٤٧٣ -

١٢٩- صور مختلفة لبيع الشركة: ليس المقصود من بيع الشركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالي في الشركة، بل يجب في القليل أن يبيع حصة في الشركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشتري أنه وارث. فإذا ضمن صفته هذه، فهو يبيع حصة في مجموع من المال، بعد أن تسترل منه ديون الشركة فإن الوارث لا تنتقل إليه هذه الديون. وهو في الوقت ذاته يبيع شركة مفتوحة لا شركة مستقبلية، فقد رأينا أن التعامل في الشركات المستقبلية باطل. ومن ثم وجب أن نستبعد من بحثنا هذا صوراً ثلاثاً: (١) بيع حق احتمالي في شركة دون ضمان صفة الوارث. (٢) بيع شركة مستقبلية. (٣) بيع عين بالذات من أعيان الشركة، فهذا غير بيع الشركة التي هي مجموع من المال لا أعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل الشركة (١)، وسنبحث في مكان آخر بيع الوارث لعين من أعيان الشركة قبل سداد الديون.

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين: (١) بيع الوارث حصة في الشركة لأجنبي غير وارث. (٢) بيع الوارث حصته في الشركة لوارث آخر، وهذا هو التخارج (٢).

أ- بيع الوارث حصته في الشركة لأجنبي غير وارث

أولاً- حكم هذا البيع فيما بين الطرفين:

١٣٠- التزامات من الجاهلين: ينعقد هذا البيع بالتراضي كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً، رتب التزامات في ذمة الوارث البائع، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي. وهي بوجه عام الالتزامات التي تترتب في كل بيع.

٤٧٦= من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥.

التقنين المدني الليبي م ٤٦٢ - ٤٦٥ (مطابقة للمواد ٤٧٤ - ٤٧٦ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي: لا مقابل فيه، ولكن يمكن الأخذ في العراق بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة. أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون م ٣٧٨ - ص ٣٨٣ - (ص ٣٨٩ - ص ٤٠٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني: لا مقابل فيه. ويمكن الأخذ أيضاً في لبنان بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة.

(١) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «بيع الوارث نصيبه من الشركة هو بيع لمجموع من المال، بما يشتمل عليه من حقوق وديون. وهو أعم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية» فإن التخارج مقصور على بيع الوارث نصيبه لباقي الورثة، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨).

فالتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في الشركة إلى المشتري، وتسليمها إياه، وضمنان ثبوت وراثته. والتزامات المشتري هي دفع الثمن، ورد ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون الشركة، وحساب ما عسى أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للشركة.

١٣١- نقل ملكية الحصة المبيعة للمشتري: يلتزم البائع بنقل ملكية حصته في الشركة - أو جزء منها - للمشتري. والمنقول ملكيته هنا هو مجموع من المال (universalité)، لا مال معين بالذات (١). ومن ثم تنتقل الملكية بمجرد البيع، ويحل المشتري محل الوارث في حصته (٢)، ولا حاجة في ذلك للتسجيل حتى لو اشتملت الحصة المبيعة على عقار. ولكن لا تنتقل ملكية عقار بالذات إلى المشتري، حتى فيما بين الطرفين، إلا بالتسجيل (٣). وإلى هذا تشير العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني عندما تقول: «فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات». أما المقولات بذواتها فتنقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع، فيصبح المشتري مالكا في الشيوع مع بقية الورثة للمنقولات الموجودة في الشركة بمقدار حصة الوارث البائع، ولا حاجة في ذلك إلى التسليم. وإذا كان في الشركة حقوق شخصية في ذمة مدينائها، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشتري يملكها شائعة مع بقية الورثة

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق في شركة يجب أن ينصب على مجموع من الأموال المختلفة، فإذا باع الوارث استحقاقه في شيء معين أو في أشياء معينة بحيث يمكن تسليم المبيع للمشتري بدون حاجة إلى قسمة الشركة، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق في شركة، بل يعتبر بيعاً عادياً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٠ ص ١٠٨).

(٢) وذلك من وقت البيع دون أثر رجعي (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ cession des droits suc. فقرة ٨٥). وإذا كان المشتري محل محل الوارث في ملكية حصته، فإنه لا يحل محله في صفته كوارث، بل يبقى الوارث البائع محتفظاً بهذه الصفة. وقد تترتب آثار على احتفاظ الوارث البائع بصفة الوارث، كما إذا كان المورث مؤمناً لمصلحة ورثته أو منشأً لوقف جعل ورثته فيه مستحقين، فيبقى الوارث البائع صاحب الحق في مبلغ التأمين أو يبقى مستحقاً في الوقف، ولا تنتقل حقوقه هذه مع حصته التي يبيعها للمشتري الأجنبي (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٤ ص ٦٠٤ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩٣ ص ٣١٦). ولا يصح المشتري بشرائه حصة الوارث وارثاً، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قدمنا. ويترتب على ذلك أنه لو كان للمورث بنت باعت حصتها في الميراث لابنها، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً وارثاً ولا يحجب ابن العم مثلاً.

أنظر في أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشتري المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ - وفي أن الوارث البائع يبقى محتفظاً بصفة الوارث جيوار ٢ فقرة ٨٥٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٩ ثالثاً ص ١٧١ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ ص ٤٥٥.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ - ويسبق ذلك تسجيل إسهاد الورثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢).

بمقدار حصة الوارث البائع. ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مديني الشركة أو قبولهم، فإن الحوالة تنقل الحق إلى المحال له دون حاجة إلى إعلان المدين أو قبوله. وسنرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة في حق مديني الشركة وفي حق الغير (١).

أما إذا كان على الشركة ديون، فهذه لا تنتقل إلى المشتري كما تنتقل الديون في حوالة الدين. وذلك لأن القاعدة المعروفة، وهي ألا تركة إلا بعد سداد الدين، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث. فالمشتري، عندما يشتري حصة الوارث، اشتراها خالصة من الديون التي على الشركة، وقبل أن يأخذ شيئاً من الشركة يجب وفاء هذه الديون منها. فإذا وفيت الديون جميعاً نخلص للمشتري حصة الوارث التي اشتراها، دون أن ينتقل إليه شيء من هذه الديون (٢).

١٣٢- تسليم الوارث البائع مشتملات حصة للمشتري: ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في الشركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري. ويدخل في ذلك جميع الثمرات والريع والمنتجات التي نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح الشركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها، فإن كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشتري. ويدخل أيضاً - ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف - ما عسى أن يكون الوارث قد استوفاه من الديون التي للشركة (٣)، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتملات الشركة للغير قبل أن يبيع حصته (٤)، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتملات لاستعماله الشخصي (٥). وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني، فهي تقول كما رأينا: «إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للشركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه».

ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد. أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشتملاتها، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري (١) ما لم يتفق معه ألا يرد شيئاً.

ويلتزم الوارث أن يسلم للمشتري مشتملات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصة، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح الشركة. وإذا كانت قيمة هذه المشتملات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك، فهذه كلها تكون للمشتري، إذ هي قد دخلت في الحساب عند تقدير الثمن. وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للشركة كرهن أو كفالة، فهذا التأمين يكون للمشتري، فقد اعتد به عند حساب الثمن (٢). كذلك إذا كانت مشتملات الحصة المبعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها، فهذا كله يتحملة المشتري، لأن هذا الهلاك أو التلف لا بد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن. ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث، ففي الحالتين قد دخل في الحساب (٣).

- وإذا كان حق من حقوق الشركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث، فإن هذا الحق، بعد أن باع الوارث حصته، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً. مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مدينًا للمورث ثم يرثه فينقضي الدين باتحاد الذمة، ثم يبيع حصته، فيعود المدين في ذمته للمشتري (٤). ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير.

(١) فقد استفاد منها، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال الشركة تحت يده. وقد كان هذا هو الحكم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم (بودري وسينيا فقرة ٨٧٦ - وانظر أيضاً: أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - أنسيكلوبيدي دالوز لفظ cession des droits succés. ٧٤ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦١٩ ص ٦٣٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٤١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١).

(٢) بودري وسينيا فقرة ٨٧٧ وقرة ٨٨٢.

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩ - بودري وسينيا فقرة ٨٧٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - أما إذا كان التلف قد حصل بغش من الوارث، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتملات الشركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمداً أو تصد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو علم تجديد القيد، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر تدليساً من جانب الوارث يجعل البيع قابلاً للإبطال، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالاً من جانب الوارث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسؤوليته العقدية (انظر بودري وسينيا فقرة ٨٨٠).

(٤) وسنرى أن الوارث إذا كان دائماً للمورث ثم ورثه، ثم باع حصته في الميراث، فإنه يستبقى حقه في الرجوع على الشركة بالدين الذي له عليها، ولا ينقضي هذا الدين باتحاد الذمة (م ٤٧٦ مدني). انظر ما يلي فقرة ١٣٤.

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٠.

(٢) وفي القانون الفرنسي أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشتري، بل يبقى الوارث مسئولاً عنها ويرجع بها على المشتري. ولكن ليس ذلك لأن ديون المورث لا تنتقل إلى الوارث، فهي تنتقل إليه في القانون الفرنسي، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشتري لأن حوالة الدين غير معروفة في القانون الفرنسي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٩٣ - أنسيكلوبيدي دالوز لفظ cession des droits succés. فقرة ٦٢).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣.

(٤) أما بعد بيع حصته، فإنه لا يستطيع أنه يبيع من أجنبي شيئاً من مشتملات الشركة. وهذا ولا يرد إلا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من الشركة، فلا يكون مسئولاً إلا عما قد جاء من الكسب أي الثمن الذي قبضه (بودري وسينيا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤).

(٥) أنسيكلوبيدي دالوز لفظ cession des droits succés. فقرة ٧٣ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠.

وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه، فانه يعود مع الدين، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة. ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للوارث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث، فينقضي حق الارتفاق هذا بانحلال الدمة عند الميراث، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري. وهذا ما لم يكن الوارث قد باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة، ففي هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا العقار، ويغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة^(١).

ولا يدخل في مشتريات الشركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة، إذ المفروض أن المشتري إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث. فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري في حسابه باتفاق خاص مع الوارث^(٢). كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري على استثناء بعض مشتريات الشركة من البيع وإن كان لهذه المشتريات المستثناة قيمة مالية، فيستبقى الوارث مثلاً بعض منقولات الشركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك. ولا بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً، ويفسر تفسيراً ضيقاً، فلا يتناول إلا الأشياء التي ذكرت دون توسع.

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودري وسينيا فقرة ١٨٨ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة - بلاتويل وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٦٥. أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار في الشركة وانقضى بانحلال الدمة، لم باع الوارث حصته، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحة وينقل العقار المرتفق به كما كان.

وقد يقع أن يبيع الوارث حصته في الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلاث تركته مثلاً. فالمفروض في هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استئصال الوصية، أي باع حصته في ثلثي الشركة لا في الشركة كلها. فإذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة، وأن الوارث تناول حصته كل الشركة لا ثلثيها فقط، فالظاهر أن الوارث يستبقى حصته في ثلث الشركة إذ هي لم تدخل في البيع. على أن المسألة مرهونة بنية المتعاقدين. فإن كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته في الشركة على تقدير أن الوصية صحيحة، فإنه يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد في حصته بسبب بطلان الوصية عنى أن يزيد له في الثمن بنسبة الزيادة. وإن كان الوارث عند بيعه حصته قد دخل في تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته، وأدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن، فإن البيع يكن احتمالياً من هذه الناحية، وإذا أبطلت الوصية كان للمشتري ما زاد في حصة الوارث دون أن يزيد شيئاً في الثمن (قارب بودري وسينيا فقرة ٨٨٥).

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكرر - بودري وسينيا فقرة ٨٨٤ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ - بلاتويل وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٦٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهاللي وحامد ركي فقرة ٦٢٢.

١٢٣ - الضمان: رأينا أن المادة ٤٧٣ مدني تنص على أن «من باع تركته دون أن يفصل مشترياتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك». فالوارث عندما يبيع حصته في الشركة لا يبيع أموالاً معينة بالذات، ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أيًا كانت قيمة هذا المجموع. وهذا هو الذي يميز بيع الشركة عن غيره من البيوع. فالوارث إذن لا يضمن للمشتري أن يدخل في حصته أي مال معين، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة. فإذا كان المشتري قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالا معيناً سيدخل في هذه الحصة ولم يدخل، إما لأنه دخل في حصة غير بائعة من الورثة وإما لأنه لم يدخل في الشركة أصلاً إذ استرده المستحق له، فانه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق. وإذا دخلت العين في الحصة المباعة، وتبين أن بها عيباً خفياً، لم يضمن الوارث للمشتري هذا العيب. وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشتري، بل إذا تبين أن الشركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة، أو أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهري في قيمة البيع، لم يرجع المشتري بالضمان على الوارث، لأن البيع هنا عقد احتمالي كما قدمنا، وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتحصير، فهو الذي يجني الكسب ويحمل الخسارة^(١).

فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً، هو أنه وارث، أي ثبوت وراثته في الشركة^(٢). فيضمن أولاً أن الشركة قد فتحت فعلاً، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع تركته مستقبلة فالبيع باطل كما قدمنا. ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه الشركة، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فانه يكون قد باع ما لا يملك، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقي أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذي دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشترى الحصة يجهل أن البائع ليس بوارث. ويضمن الوارث البائع أخيراً أي عمل من أعماله الشخصية التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته، كأن يبيع هذه الحصة مرة أخرى، أو أن يبيع شيئاً من مشترياتهما، أو أن يستوفي ديناً لها.

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان، فيشترط المشتري على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشتري^(٣)، أو أن يضمن له دخول مال معين بالذات في الحصة المباعة. وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً، كأن يفصل المشتري مشتريات الحصة التي يشتريها، فيذكر أنها تشمل على كذا وكذا من العقارات

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملاءة مدين الشركة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨.

(٣) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة في عقد البيع قريبة على أن المشتري قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين أحمد نجيب الهاللي وحامد ركي فقرة ٦٢٦ - الأستاذ عبد المعصم البدرأوى فقرة ٤١٥).

والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى. فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المباعة، وإذا لم يدخل لأي سبب يرجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق^(١). بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب؛ إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً.

ويجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشتري مثلاً أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه، أياً كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم. بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلاً، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً. ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن، فإن العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً، ويكون الثمن مخفضاً تخفيضاً يواجه هذا الاحتمال^(٢).

١٣٤- التزامات المشتري: يلتزم المشتري أن يدفع للوارث الثمن المتفق عليه والمصروفات والقوائد، شأنه في ذلك شأن كل مشتر آخر^(٣). ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا وقد دفعه من تكاليف الشركة. فما دفعه الوارث في تجهيز الميت - المورث - وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته المباعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشتري، لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذي اشتراه المشتري من الوارث.

أما ديون الشركة فهذه لا يلتزم بها المشتري، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضى بالآ تركة إلا بعد سداد الدين^(٤). فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث، والوارث إنما باع حصته

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩٦.

(٢) انظر في كل ذلك بودري وسينيا فقرة ٨٨٦ - فقرة ٨٩١ - وإذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى لثبوت وراثته، وثبت بعد ذلك أنه ليس بوارث، لم يضمن، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذي أنفذه، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨). ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث، وجب عليه رد الثمن والتعويض حتى لو اشترط عدم الضمان (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٦٦).

(٣) والثمن مضمون بحق امتياز على الحصة المباعة، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى العقارات (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٩) - وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتملت حصته على عقارات، وكان في الثمن فيما يقابل العقارات عن يزيد على الخمس، جاز طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل. وتقوم العقارات بحسب قيمتها وقت البيع، وتوازن هذه القيمة بجزء من الثمن بنسبة قيمة العقارات إلى قيمة مجموع احتمالات الحصة لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على الخمس (م ٤٢٥ مدني)؛ انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ - أنيكلويدى دالوزا لفظ cession des dr. succes فقرة ٤٣.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ - الأستاذان =

في هذا الميراث بعد استئصال الديون. ولكن يحوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على الشركة، فيرجع بما دفعه على المشتري، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث إذ خلصت له الحصة دون أن يستنزله منها هذا الدين. كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشتري بما دفع. وهناك رسم يدفع على انتقال الشركة للوارث، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأيلولة. فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في الشركة إليه، ولا يرجع به على المشتري، لأنه هو الذي استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها^(١). أما المشتري فيدفع رسم البيع الذي انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث، وهذا الرسم يدخل في مصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري^(٢).

وقد يكون للوارث دين في ذمة المورث، فهذا الدين يلتزم به الشركة ولا ينقضي بانقضاء الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمة الوارث. فيكون للوارث أن يطالب الشركة بماله من الدين، ويتحمل المشتري نصيب الحصة المباعة في هذا الدين، أي أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للشركة ويتحمل المشتري نصيبه في ذلك باعتباره مالكا للحصة المباعة. وإلى هذا كله تشير المادة ٤٧٦ مدني، كما رأينا، إذ تقول: «يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون الشركة، وبحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للشركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيفها. يجوز مثلاً الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم الأيلولة، فهذا تشديد في التزامات المشتري. كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون الشركة أو الوصايا، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائناً به للشركة، وهذا تخفيف في التزامات المشتري.

أحمد نجيل الهلالي وحامد زكي فقرة ٦٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٨.

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشتري مسئولاً بالتضامن مع الوارث البائع عن سداد هذه الضريبة، إذا تم البيع قبل مضي عشر سنوات من وقت افتتاح الشركة. فقد نصت المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر في ٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه «يجب على كل من يشتري عقاراً أو المورث أو الموصي أكثر من عشر سنوات، أن يتثبت قبل التعاقد من الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة، وإلا كان مسئولاً بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاء الرسوم المتأخرة. وكل من يشتري منقولات مع علمه يعلم وفاء رسوم الأيلولة يكون مسئولاً بالتضامن عن دفعها مع الوارث البائع» (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٢١).

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودري وسينيا فقرة ٨٩٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٦٠.

ثانياً: حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير:

١٣٥- الغير هنا طوائف ثلاث: يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير في بيع التركة. الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع. والطائفة الثانية هم دائرو التركة ومدينوها. والطائفة الثالثة هم الحلف الخاص للوارث البائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة. ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى.

١٣٦- الورثة الآخرون: هؤلاء ليسوا طرفاً في البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشتري، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب في ذمتهم التزام. ولكن البيع الذى تم جعل المشتري شريكاً لهم فى الشيوع فى جميع مشتملات التركة، من عقارات ومنقولات وديون، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محله بموجب البيع. فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولو لم يعلن لهم، ويتقاسمون التركة مع المشتري باعتباره شريكاً لهم، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق الوارث البائع فقد خرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك.

ومن حق الورثة، قبل صدور البيع من الوارث، أن يتقاسموا مع هذا الوارث، فتفرز حصته، ويقع البيع عليها مفرزة لا شائعة، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق المشتري من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفة متعلقاً بالشيء المبيع. أما بعد البيع، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطرأ به، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع، لأن المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع^(١). فإذا بدأت إجراءات القسمة، واستطاع المشتري أن يخطرهم^(٢) بالبيع قبل أن تتم، كان للمشتري أن يتدخل فى القسمة^(٣)، بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتقاسم مع سائر الورثة. وإذا كان الورثة قد أخطرأ بالبائع قبل إجراءات القسمة فليس لهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشتري، ويكون التقاسم معه غير نافذ فى حق المشتري. ولا يجوز للورثة أن يتقاسموا إلا مع المشتري، فهو الذى أصبح شريكاً لهم فى الشيوع مكان الوارث البائع وقد أحبطوا علماً بذلك عن طريق الإخطار^(٤).

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩١٠- ويعتبر المشتري من الوارث فى هذه الحالة، بالنسبة إلى سائر الورثة، دقناً للوارث البائع، وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشتري، فليس له أن يطعن فيها إلا فى حالة الغش (م ٢/٨٤٢ مدنى)- وهذا لا يصح، كما قدمنا، من أن تنقسم الورثة التركة مع المشتري، حتى قبل أن يخطرأ بالبائع، وتكون هذه القسمة نافذة فى حق الوارث البائع.

(٢) والإخطار ليس له شكل خاص، ولكن يجب إثبات إذا أنكرته الورثة وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات.

(٣) باعتباره دائماً لأحد الشركاء وهو الوارث البائع (م ١/٨٤٢ مدنى).

(٤) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبى غير وارث، فإنه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة، وفقاً للمادة ٨٣٣ مدنى وهى تنص على أن الشريك فى المقول الشائع أو فى

١٣٧- دائرو التركة ومدينوها: أما دائرو التركة فيبقون، بالرغم من بيع الوارث ل حصته دائتين للتركة ذاتها، لا للوارث ولا للمشتري منه كما سبق القول، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون. فيستوفون ديونهم من أموال التركة^(١) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصى لهم أو ممن يتلقى حقاً من الورثة كالمشتري من الوارث البائع. وإذا تسلم المشتري مشتملات الحصة المبيعة، فإن ما تسلمه يبقى مسئولاً عن ديون التركة، ولدائيتها أن يتبعوا هذا المال فى يد المشتري وينفذوا بحقوقهم عليه، على النحو الذى سنبينه عند الكلام فى تصرف الوارث فى أموال التركة المدينة قبل سداد الدين^(٢).

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبائع مدينين للمشتري من الوارث لأن الوارث تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف ديونها، فيحول بالبائع هذه الحقوق للمشتري منه، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بحالة الحق. ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة فى حق مدينى التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٤٧٤ مدنى)^(٣). فإذا لم يقبلوا الحوالة ولم يعلنوا بها، ووفوا الوارث البائع حصته من الديون التى فى ذمتهم للتركة، كان هذا الوفاء نافذاً فى حق المشتري. ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع، فقد قدمنا أنه ضامن لأعماله الشخصية، واستيفاءه ل ديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان.

١٣٨- الحلف الخاص للوارث البائع: يمكن أن تتصور أن الوارث قد باع - بعد البيع الصادر منه للمشتري أو قبل هذا البيع - لشخص آخر شيئاً من مشتملات حصته، عقاراً

== المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلان به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أتفق. ٢- وإذا تعدد المستردون، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته. أنظر بودرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢- بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ - بلاتويل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦١- كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٧١ - أنسيكلويدى داللو ١ لفظ cession des dr. success. ١٤٥- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨.

كذلك إذا كان الورثة الآخرون ينازعون فى ورثة الوارث البائع، فمن حقهم أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أى حق متنازع فيه (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٥ هامش رقم ١).

(١) ومن ثم لا يكون هناك محل لحوالة الدين من الوارث إلى المشتري، فإن الوارث نفسه غير مدين، بل التركة. ويترتب على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣)، وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لأن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث ويحولها إلى المشتري.

(٢) أنظر ما يلى فقرة ١٩٣ - فقرة ١٩٤.

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤١٢.

أو متقولا أو ديناً للتركة. فيكون هذا الخلف الخاص للوارث معتبراً من الغير في البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشتري لحصة الوارث. ويجوز أيضاً، بدلا من أن يبيع الوارث من مشتملات حصته عيناً بالذات، أن يبيع نفس الحصة كمجموع من المال لمشتري آخر، فيكون هذا المشتري الآخر من الغير أيضاً.

فهؤلاء الأغيار - مشتري العقار المعين أو المنقول المعين أو الدين الذي للتركة أو حصة الوارث في مجموعها - لا يسرى في حقهم البيع الصادر من الوارث للمشتري، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٤ مدني كما رأينا، إذ تقول، «إذا بيعت تركة، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة»^(١). وقد حسم هذا النص خلافاً لا يزال قائماً في الفقه الفرنسي في هذه المسألة وأخذ بالرأي الراجح في هذا الفقه^(٢)، وكان هذا أيضاً الرأي الراجح في عهد التقنين المدني السابق ولم يكن هذا التقنين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدني^(٣).

فإذا كان الغير مشترياً لعقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة، فسواء اشتراه قبل بيع الحصة أو بعدها، فإن المشتري للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل البيع في خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشتري العقار البيع الصادر إليه، وأيهما سبق الآخر في التسجيل كان هو المقدم^(٤). ذلك أن المشتري لحصة الوارث كما يعتبر مشترياً لهذه الحصة في

(١) وقد رأينا أن العبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني تنص على ما يأتي: «فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات». وقدما مثلاً لذلك التسجيل في العقار، فهو واجب في نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين، فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشتري لحصة هذا الوارث (أنظر آنفاً فقرة ١٣١).

(٢) ففي الفقه الفرنسي آراء ثلاثة: رأى يذهب إلى صيرورة بيع الحصة نافذاً في حق الغير باخطار باقي الورثة بهذا البيع. ورأى ثان يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير دون حاجة إلى أية إجراءات. ورأى ثالث لا يجعل هذا البيع نافذاً في حق الغير إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة لصيرورة البيع نافذاً في حق الغير بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة، وفي المنقول بالنسبة إلى منقولات هذه الحصة، وفي حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التي لهذه الحصة. أنظر في هذه الآراء الثلاثة بودري وسينيا فقرة ٩٠٣ - فقرة ٩١٠ - وأنظر في أن الرأي الثالث هو الرأي الراجح جيوار ٢ فقرة ٨٦٦ - لوران ٢٤ فقرة ٤٧٨ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٢٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٠٦ - بلانيول وريجر وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٧٢ - أنسيكلويدى داللو ١ لفظ cession des dr. succes - فقرة ٥٣ - فقرة ٥٦. وقارن هيك في حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريجر وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٦٣.

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٥.

(٤) وقد يكون المير تلقى من الوارث حقاً عينياً غير الملكية، حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن أو غير ذلك، فالعبرة هنا أيضاً بالأسبقية في التسجيل أو في القيد. وقد يكون دائن الوارث حيز على =

مجموعها، يعتبر كذلك مشترياً لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشتمل عليه هذه الحصة، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق.

وكذلك الحكم في المنقول، تنتقل ملكيته بمجرد البيع، فإذا كان بيع الحصة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشتري الحصة دون مشتري المنقول، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشتري المنقول دون مشتري الحصة. على أن أيّاً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة، فيفضل على صاحبه.

وكذلك الحكم في دين للتركة، لا تنتقل ملكيته لمشتري الحصة بالنسبة إلى مشتري لهذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أن يقبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق. ويقدم مشتري الدين على مشتري الحصة، إذا تمكن مشتري الدين من الحصول على قبول المدين قبولا ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو إعلان لهذا البيع^(١).

وكذلك الحكم أخيراً في حالة ما إذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التعاقب، فأى المشتريين لحصة الوارث سبق الآخر في التسجيل بالنسبة للعقارات، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون، كان هو المقدم. وقد يتقدم في العقارات ويتأخر في المنقولات أو في الديون، كما يجوز أن يتقدم في بعض العقارات دون بعض أو في بعض المنقولات أو الديون دون بعض، حسبما يتفق أن يسبق إليه في الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق.

ب- بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر

(التخارج)

١٣٩ - التمييز بين حالتين: إذا باع الوارث حصته في التركة لوارث آخر، كان هذا هو

عقار من مشتملات الحصة المبيعة، فإذا كان قد سجل التنبيه قبل أن يسجل مشتري الحصة البيع قدم على هذا المشتري (بودري وسينيا فقرة ٩٠٧ ص ٢٩٤ - ص ٩٢٥).

(١) وقل مثل ذلك في حالة ما إذا حيز دائن الوارث تحت يد مدين التركة، فإذا كان الحيز سابقاً على إعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة، زاحم الدائن الحاجز مشتري الحصة، وإذا كان العكس قدم مشتري الحصة على الدائن الحاجز، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق.

التخارج المعروف في الفقه الإسلامي (١) (١). ويجب هنا أن نميز بين حالتين: حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصة الوارث البائع بثمن دفعوه من مالهم الخاص، وحالة ما إذا اشتروا الحصة بمال دفعوه من أموال التركة ذاتها.

ففي الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشتريين شأن المشتري الأجنبي، فيكون لهم حقوق المشتري الأجنبي والتزاماته (٢)، ويسرى البيع الصادر لهم في حق الغير وفقاً للأحكام التي سبق أن قررناها. فإن كان المشتري وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص، استحق حصة الوارث البائع وحل محله في التركة. وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من مالهم الخاص، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعددين، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التخارج الذي أجازته الشريعة الإسلامية في أحوال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث عن نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم. وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة في العقد تعييناً تاماً (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠). وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة، لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الديون التي لها والتي عليها طبقاً للمادة ٣٥٠ مدني (سابق) (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦ ص ٣٥). وقضت بأن عقد التخارج لا يحصل إلا من وارث لوارث، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع الاستحقاق في التركة ويجب تسجيله (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٩٦ ص ٩٩٢). وقضت محكمة أجا بأن عقد التخارج يتطوّر بطبيعته على بيع الوارث لنصيبه في التركة جزافاً، وبهذا الوصف لا يضمن البائع للمشتري سوى وجود التركة من غير بيان لمشتملاتها فلا يضمن المتخارج إذن استحقاق بعض الأعيان للغير، إلا إذا نص في عقد التخارج على الأعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها (١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص ٦٩٤).

(١) التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم، فإذا تضمنت الورقة اتفاقاً بين الأخوة على اختصاص كل منهم بعين من تركة أبيهم. فهي لا تعتبر تخارجاً بل هي اتفاق على قسمة، وكل من وقعها فهو محجوج بها وإن لم يسجل عقدها فإن القسمة كاشفة للحق مقررة له، لا نافذة ولا منقولة له، فتسجلها غير لازم إلا للاحتجاج بها على غير المتعاقدين.

(جسمة ١٩٤٧/٦/٥ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ٥٤ ص ١٠٠٧).

(٢) وإن كان حكم الشريعة يقضي بطلان التخارج إذا كان للتركة ديون على الغير، إلا أن القانون المدني لم يأخذ بذلك، فإنه قد نص صراحة في المادة ٣٢٠ مدني (قديم) على أن بيع الاستحقاق في التركة أو التخارج يشتمل حتماً على بيع ما لها من الدين.

(جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤ مجموعة القواعد العامة لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ٥٢ ص ١٠٠٧).

بينهم. وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول: «التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم. فإذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم، ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج، قسم عليهم بالسوية بينهم».

أما في الحالة الثانية فإن التخارج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة، وتخرجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث. وبذلك اختص الوارث المتخارج بمال معين في التركة يقابل حصته؛ واختص سائر الورثة بباقي التركة، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخارج. ويغلب أن يكون المقصود بالتخارج الصلح، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة، فيتفق باقي الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة (١). فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج، كان التخارج قسمة (٢). وهناك قواعد مشتركة في التخارج صلحاً أو قسمة، كما أن هناك فروقاً في الأحكام فيما إذا كان التخارج صلحاً أو قسمة، فنستعرض الأمرين.

١٤٠- أحكام مشتركة في التخارج: سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة، فهو كاشف عن الحق لا منشيء له، لأن هذه طبيعة كل من الصلح والقسمة، ويترتب على ذلك ما يأتي:

(١) جاء في الزيلعي: «إن أخرجت الورثة أحدهم عن عرض أو عقار بمال، أو عن ذهب بفضة، أو عن فضة بذهب، صح، قل ما أعطوه أو أكثر، لأنه يحمل على المبادلة، لأنه صلح عن عين. ولا يمكن حمله على الإبراء، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء عن العين. وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس. وفي الأثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحتها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفاً، بمحض من الصحابة. وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يتخارج أهل الميراث، أي يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح. ولا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم، وبيع ما لا يعلم قدره فيه جائز» (الزيلعي ٥ ص ٩٠ - وانظر أيضاً تكملة فتح القدير ص ٥٢).

(٢) وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه إذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التخارج لم يكن الغرض منه صلحاً لوضع حد للنزاع الموجود، فلا يعتبر إلا نزولاً من أحد الورثة عن حصته الشائعة في الميراث في مقابل شيء معين بقصد الخروج من الشيوع (١٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ ص ١٨٣). انظر أيضاً بلانبول وريسير وهامل ١٠ فقرة ٢٥٥ ص ٤٥٣، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقاً للقضاء الفرنسي أن يكون من شأنه إفراز حصة كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض.

أولاً- من حيث نقل الملكية: لا ينقل التخارج ملكية مال التركة إلى الوارث الخارج، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال مقررًا منذ البداية عن طريق الميراث. ولما كان هذا الأثر الكاشف لا حاجة فيه إلى التسجيل فيما بين الطرفين، فإن التخارج لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة، وإن كان التسجيل ضرورياً لإنتاج أثره بالنسبة إلى الغير^(١). ويترتب على الأثر الكاشف أيضاً أن جميع الحقوق العينية التي يكون الوارث الخارج قد رتبها على الأموال الأخرى للتركة تسقط، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل إجراء التخارج. إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئاً من هذه الأعيان منذ البداية، فيكون تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك، فلا ينفذ إلا بأجازة باقي الورثة^(٢).

ثانياً- من حيث التزامات الطرفين: لا تكون التزامات المتبايعين، بل هي التزامات المتصالحين أو المتقاسمين. فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان إلى الورثة، إذ يعتبرون مالكيها منذ البداية. ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية المال الذي أخذه الوارث الخارج من التركة، إذ يعتبر مالكا له هو أيضاً منذ البداية كما قدمنا.

ثالثاً- بالنسبة إلى الغير: لا يعتبر باقي الورثة هنا من الغير، إذ هم الذين تعاقبوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة^(٣). أما دائنو التركة فيبقون دائنين لها، ولهم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة، ولكن يكون للوارث الخارج في هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة، لأنهم تصالحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استئصال الديون هي ما أخذه من المال. أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة، كل بقدر حصته في الميراث، ولا شيء من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شيء من هذه الديون^(٤). وأما الخلف الخاص، فمن ترتب لهم حق عيني على الأموال الأخرى للتركة.

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب، سواء كان ذلك في عهد التقنين الجديد أو في عهد التقنين السابق. ويسبق هذا التسجيل تسجيل إظهار الوراثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢). أما في فرنسا فالعقود الكاشفة - ومنها التخارج - لا تخضع للتسجيل حتى في إنتاج أثرها في حق الغير (بودرى وسينيا فقرة ٩١١).

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث في مقولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته، هذا ما لم يكن قد سلم المقول لمشتري حسن النية فيملكه عندئذ بالحجارة (بودرى وسينيا فقرة ٩١٢).

(٣) أما كيف يوزع باقي التركة على بقية الورثة، وكيف ندين سهام كل وارث بما فيهم الوارث الخارج، ثم تسقط سهام هذا الوارث في نظير ما تخارج عليه ويقسم الباقي من التركة على السهام الباقية، فانظر في كل ذلك الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والميراث ص ٢٦٦ وما بعدها، وليس هنا موضع بحثها.

(٤) لكن إذا دفع مدين التركة للوارث الخارج شيئاً من الدين الذي عليه كان هذا الدفع ميراثاً للذمة إذا كان بحسن نية، لأنه يكون قد دفع للدائن الظاهر (بودرى وسينيا فقرة ٩١٣). أما إذا أعلن التخارج للمدين، فلا يعود دفعه للوارث الخارج ميراثاً للذمة.

من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج في حصته كمجموع من المال، فهؤلاء تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذي قدمناه، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخارج.

١٤١- الفرق بين التخارج كصلح والتخارج كقسمة: ويختلف حكم التخارج إذا كان صلحاً عن حكمه إذا كان قسمة من وجهين:

(الوجه الأول) في الضمان: ففي الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث، إذ هو يدعى الوراثة وينازعه الورثة في ذلك، ثم يتصالحون على التخارج. فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك. أما في القسمة، فالوارث الخارج يضمن صفته كوارث على النحو الذي بيناه في بيع التركة. ويضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة.

(الوجه الثاني) في الغبن: ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذي أخذه من مال التركة قليل، فإن التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر^(١). أما القسمة، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس^(٢)، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة. فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس، كان له نقض القسمة، ولبقية الورثة منع نقض القسمة بأكمل الحصص الناقصة، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج (م ٨٤٥ مدني).

المطلب الثالث

صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢- متى يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه: يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه فيصح أن يكون محلاً للبيع، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له لا يأبى ذلك، وكان التعامل فيه مشروعاً، أو غير ممنوع لا بنص في القانون ولا لخالفته للنظام العام أو الآداب. وقد نصت المادة ٨١ مدني على أن ١- كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦-٤١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠-٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١-الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٠ ص ٤٧٥.

(٢) انظر أيضاً في جواز إبطال التخارج للغلط أو التدليس أو الإكراه، قسمة كان أو صلحاً: استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠-٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١ (وهما الحكمان السابق الإشارة إليهما).

بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية. ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية. ونصت المادة ١٣٥ مدني على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً».

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشيء لا يكون صالحاً للتعامل فيه، فلا يصح أن يكون محلاً للبيع، إذا أثبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع.

١- عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء

١٤٣- التوسع في فهم معنى طبيعة الشيء: يجب أن تتوسع في فهم معنى «طبيعة الشيء». فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشيء المادية، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الاتفاقية، أو بالنظر إلى الغرض الذي خصص له الشيء.

١٤٤- عدم الصلاحية للتعامل راجع لطبيعة الشيء المادية: فالشيء لا يصلح للبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى على التعامل فيه. وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط^(١) أن الشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر. فإذا أصبح التعامل ممكناً في بعض النواحي جاز، فأشعة الشمس يحصرها «الفوتوغرافي»، والهواء يستعمله الكيميائي، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلاً للامتلاك. أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له، فهو مال مباح، كالطير في الهواء والسماك في البحر، ويملكه من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه.

١٤٥- عدم الصلاحية للتعامل راجع لاتصال الشيء بالشخص: وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالاً لا يمكن معه الفكك. مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدني على أنه «لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي».

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم طبيعته الاتفاقية، بأن يقع اتفاق يجعل الشيء متصلاً بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه. فإذا تلقى شخص هبة أو وصية، واشترط الواهب أو الموصي ألا يتصرف الموهوب له أو الموصى له في الشيء، فقد جعل الشرط الشيء متصلاً بالشخص بحيث لا يجوز له النزول عنه إلى شخص آخر. ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة. فقد نصت المادة

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧.

٨٢٣ مدني على أنه ١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. ونصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه «إذا كان شرط الممنوع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً»^(١).

١٤٦- عدم الصلاحية للتعامل راجع للغرض الذي خصص له الشيء: وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط^(٢) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له. فالأمولاك العامة لا يصح بيعها لأنها مخصصة لمنفعة عامة^(١)، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م ٢/٨٧ مدني). والمال الموقوف يقتضي الغرض الذي خصص له عدم جواز التصرف فيه. وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبي فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما، فهما يصلحان للإيجار والمرجع في هذا إلى الغرض الذي خصص الشيء له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز.

٢- عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧- المبدأ العام: قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع. وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط^(٣) أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب^(٢)، وأن نص القانون الذي يمنع من التعامل

(١) وتذكر الأياب، وتذكر الجمالة للمسارح والملاهي ونحوها، وعينات الأدوية التي ترسل للأطباء المفروض فيها اتفاق ضمني على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها أن يبيعها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٧٥).

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧.

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ من ٣٩٨.

(١) متى كان العقد قد تناول التصرف في أرض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره فإنه يكون باطل بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام وفي هذه الحالة لا يعذر المشتري الحائز بجهله عيوبه منه.

(٢٧/٤/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ من ٨٧٩).

(٢) أ- ثبات أن عقد البيع قصد به إخفاء رهن مقترن بفوائد ربوية يحرمها القانون مراعاة للنظام العام هو أمر جائز إثباته بكافة الطرق سواء صور عقد البيع الظاهر بأنه بات أم وفائي.

يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي أيضاً إلى النظام العام أو الآداب. ويكون الغرض من إيراد النص إما لتوضيح حكم غامض كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلية، وإما لتحديد حكم غير محدد كما في تحديد الريا الفاحش، وإما لتحريم تقتضيه ظروف البلد الخاص كما في تحريم بيع الوفاء وكما في الاتجار في الحشيش والمخدرات، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فأنظر أن يورد له نصاً. فيمكن القول إذن إن البيع يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم ير (م ١٣٥ مدني).

وقد عرفنا ما هو النظام العام وما هي الآداب (١)، فلا نعود إلى ذلك.

١٤٨ - تطبيقات مختلفة: ونكتفي هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة لبيع تخالف النظام العام أو الآداب، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلاً (٢). فلا يجوز لأحد النزول عن حرمة الشخصية، ولا يجوز لناخب أن يبيع صوته لمرشح، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البنية أو الأبوة أو الأهلية أو الولاية. ولا يجوز بيع بيت يدار للعاهرة أو القمار، أو شراء مفروشات له. ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة. ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق.

وكثيراً ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة، كالصحة والدفاع الوطني، كما في بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات المربوعة والأسلحة (٣).

= (جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٢ مجموعة القواعد القانونية بمحكمة النقض - ١٨٢ - ٣٧٤)

(جلسة ١٩٥٣/١/٨ مجموعة القواعد القانونية بمحكمة النقض - ١٧٨ - ٣٧٤)

(جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة القواعد القانونية بمحكمة النقض - ١٧٩ - ٣٧٤)

ب- يشترط لصحة عقد البيع أن يكون التعامل غير محظور لأمر يتعلق بالنظام العام أو الآداب ومؤدى نص المادة ٣ من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ أنه عقد بيع الصيدلية - وهو عقد ناقل للملكية بطبيعته. إلى غير صيدلي باطل بطلاناً مطلقاً لخالفته للنظام العام، كما أن بيع الصيدلية إلى صيدلي موظف أو صيدلي يملك صيدليتين أخريين يعتبر كذلك باطل بطلاناً مطلقاً لخالفته للنظام العام وإذا كان عقد البيع محل النزاع تضمن بيع محل تجاري (صيدلية) بكافة مقوماته المادية والمعنوية، وكان ثابت تملك الطاعن صيدليتين أخريين بخلاف الصيدلية المبيعة محل النزاع، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر عقد البيع المشار إليه باطل بطلاناً مطلقاً يكون قد صادف صحيح القانون.

(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن ٢٨٥ لسنة ٤٤ق)

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨.

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٤١.

(٣) انظر في هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ١٣٤ - ص ١٣٦ - الأستاذ أنور سبطان فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٠ الأستاذ محمد كامل مرسى ص ١٢٤ - ص ١٢٥.

١٤٩ - بيع التركة المستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء - إحالة: و عرضنا المسألتين من هذه المسائل بالتفصيل، إحداهما في الجزء الأول من الوسيط (١) وه بيع التركة المستقبلية (١)، والأخرى في هذا الجزء الرابع (٢) وهي بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال القضاء (٢). فنقتصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه في هذا الشأن.

١٥٠ - بيع العملاء: بقي أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير المشروع في حاجة إلى شيء من البيان، وهي صورة بيع العملاء (clientele). فللمشخص في حرفته في تجارته أو في مهنته الحرية عملاء ألفوا التعامل معه، فهل يجوز له أن ينزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته، فيكون هذا النزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء؟

لا يوجد نص تشريعي في هذه المسألة، إلا النص الوارد في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها. فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه «يجب أن يحدد في عقد البيع ثمن مقومات المحل التجاري غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة». ومقومات المحل التجاري غير المادية - كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هي عنوان المحل (enseigne)، واسمه التجاري (nom commercial)، والحق في اجارة المحل (droit au bail)، والاتصال بالعملاء (clientèle)، والسمعة التجارية (achalandage)، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية (propriété industrielle). ونرى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل في مقومات المحل التجاري، ويكون أحد عناصره التي تدخل في البيع. ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجاري لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال، بل تبعاً للمحل التجاري ذاته. أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز، وإن جاز أن يتعهد بائع المحل التجاري استقلالا ألا يتنافس المشتري في هؤلاء العملاء وألا يفتح متجرأ في

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٧.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٩ - فقرة ١١٣.

(١) لا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يمس بحق الارث عه سواء من جهة إيجاب ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو القصر في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الارث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه، جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام.

(جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الر ٢٥ عاما قاعدة ٣٩ ص ١٠٠٤)

(٢) جزء حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذي يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام.

(جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ الطعن ٨٧ لسنة ٤٧ ق ص ٣١ ص ١٣٧٣)

مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه، وذلك بالقدر الضروري لحماية المتجر المبيع

وكذلك بيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحداد والخراط والمقاول، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامي والمهندس والمحاسب، على سبيل الاستقلال، لا يجوز. ولكن، قياساً على بيع عملاء المتجر، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعاً لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذي تباشر فيه المهنة الحرة. فيجوز للطبيب مثلاً أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات، وبما تشمل عليه من حق في إجارة المكان، وبمن يتصل بها من العملاء. وللمحامي أو المهندس أن يبيع مكتبه على هذا النحو. بل إن مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصراً في البيع.

وقد تردد القضاء الفرنسي في الأخذ بذلك، وكان قبلاً يميز بين المتاجر والمهن الحرة، على أساس أن عملاء المهن الحرة - كعملاء الطبيب والمحامي والمهندس - إنما يختارون من يعاملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة الشخصية، فلا يجوز أن يشملهم بيع العيادة أو المكتب (١). ولكن هذا القضاء استقر أخيراً على عدم التمييز بين المتاجر والمهن الحرة، فإن الثقة الشخصية تقوم في الحالتين ما بين العملاء ومن يعاملونه. على أن الطبيب أو المحامي إذا أدخل العملاء محل اعتبار في بيع عيادته أو مكتبه، فإنه لا يبيع هؤلاء العملاء ويتصرف فيهم كما يتصرف في السلع والمهمات. ولكنه يدخلهم في حساب قيمة العيادة أو المكتب، فكثرتهم أو قلتهم والاحتمال في أن كثيراً أو قليلاً منهم يبقون عملاء للعيادة أو المكتب بعد بيعه، كل هذا من شأنه أن يزيد أو ينقص من قيمة المبيع. والطبيب أو المحامي إنما يقدم في الواقع من الأمر خلقه لهؤلاء العملاء ويوصيهم بالتعامل معه، ويتعهد من جانبه إلا ينافس هذا الخلف منافسة غير مشروعة بأن يحتج عن فتح عيادة أو مكتب جديد يجذب إليه فيه هؤلاء العملاء. وليس في شيء من هذا - تقديم الخلف للعملاء والتعهد بعدم المنافسة - أمر غير مشروع (٢).

(١) انظر أحكام القضاء الفرنسي في بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣١ ص ٤٢٢ هامش رقم ٣.

(٢) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٨٦١ دالوز ١١-١-٣٢٦. وانظر أحكاماً أخرى في بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٢٤ هامش رقم ١ - وانظر سافاتييه Savatier في انتقال عملاء المهن الحرة سنة ١٩٣٣ - روبييه Roubier في الحقوق المنوية والحقوق المتعلقة بالعملاء في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٢٥١. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع يعتبر أنه قد وفى بتعهداته إذا هو قام بإعلان التنازل إلى عملائه، ولا يحكم عليه بتعويض إذا رفض العملاء معاملة المشتري، هذا ما لم يتعهد البائع بضمان استمرارهم على معاملته. وإذا اتضح أن سبب انقطاع العملاء عن الشراء من المحل هو زيادة الأثمان عليهم، فلا مسئولية على البائع (٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٩١). وقضت أيضاً بأنه لا يجوز للبائع انتزاع العملاء من المشتري بمنافسة غير مشروعة (٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢).

ويخلص مما قدمناه أن بيع العملاء على سبيل الاستقلال لا يجوز (١)، والجائز أن يدخل حق الاتصال بالعملاء عنصراً تابعاً من عناصر المتجر أو العيادة أو المكتب عند بيعه (٢).

المطلب الرابع ملكية البائع للشيء المبيع

١٥١- يجب أن يكون الشيء المبيع مملوكاً للبائع؛ لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينقل ملكيته، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية، وفاقد الشيء لا يعطيه (٣).

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجره أو رهنه، فيبيع الشيء المؤجر والشيء المرهون جائزاً، وإنما ينتقل الشيء إلى المشتري وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن.

أما إذا صدر البيع من غير المالك، فهذا هو بيع ملك الغير، وهو بيع قابل للإبطال. وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالطه ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع المال الشائع، أو حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت، أو حق الدائنين وذلك في بيع الوارث لعين في الشركة قبل سداد ديونها وفي بيع المحجور عليه والمعسر، أو حق الدولة وذلك في بيع الأراضي الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي.

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٥٨ - كولان وكاييتان ٢ فقرة ٨٦٣ - أنسيكلويدى دالوز لفظ vente فقرة ٣١٢ - فقرة ٣٢٠ - وقارن بودري وسينيا فقرة ١٠٣.

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٠٣ - فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٣ - فقرة ٣٣٤ (سواء صدر البيع من صاحب المتجر أو العيادة أو المكتب أو صدر من ورثته) بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٥٨ - كولان وكاييتان ٢ فقرة ٨٦٣. وانظر في الفقه المصري: الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢ الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٢٩ - في الفقه العراقي: الأستاذ حسن الزبون فقرة ١٠٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٧ - فقرة ٢٤٣.

(٣) ويتفرع على ذلك أنه إذا تبين أن المشتري كان يملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه، فشراؤه باطل لأنه لا يستطيع أن يشتري ملكه. وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها، وكان المحكوم له قد اشتري هذه العين من المحكوم ضده، فالبيع باطل لوقوعه على عين هي ملك المشتري (٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١١/١٥ ص ١٩).

فبحث إذن: (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مريض الموت (٤) بيع الوارث لعين الشركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجوز عليه والمعسر (٦) بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي.

١- بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٦٦ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل».

«٢- وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد».

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتي:

«١- إذا أقر المالك البيع، سرى العقد في حقه، وانقلب صحيحاً في حق المشتري».

«٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد».

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتي:

«إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية» (١).

(١) تاريخ النصوص:

٤٦٦م: ورد هذا النص في المادة ٦٣٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية طفيفة. وأقرته لجنة المراجعة بعد إزالة هذه الفروق، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٣ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨٣-١٨٤ وص ١٨٦-١٨٨).

٤٦٧م: ورد هذا النص في المادة ٦٣٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠-١٩١).

٤٦٨م: ورد هذا النص في المادة ٦٣٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ وص ١٩٤).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٣/٢٦٤ و ٣٣٤/٢٦٥ و ٣٣٥ مختلط (١).

وتقابل هذه التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٤٣٤-٤٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٥٥-٤٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٣٥-١٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللساني المادة ٣٨٥ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦٤/٣٣٣: بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل، وإنما يصح إذا أجاز المالك الحقيقي.

م ٣٣٤/٢٦٥: إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له، ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع، جاز للمشتري أن يطلب منه تضمينات إذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع.

م ٣٣٥ مختلط: إذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بشمن معين، يحكم في التعهد بالتطبيق للقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية.

(والأحكام واحدة في التقنينين السابق والجديد، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة، على أن نصوص التقنين السابق هي بدورها أكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدني الفرنسي المقتضية في هذه المسألة. ولم ينقل التقنين المدني الجديد المادة ٣٣٥ مختلط لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة، وقد أغفلها التقنين الوطني من قبل: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣-١٩٤).

(٢) التقنيات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٣٤-٤٣٦ (مطابقة للمواد ٤٦٦-٤٦٨ من التقنين المدني المصري، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٧٧).

التقنين المدني الليبي م ٤٥٥-٤٥٧ (مطابقة للمواد ٤٦٦-٤٦٨ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ١٣٥: ١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه، انعقد تصرفه موقوفاً على إجازة المالك. ٢- فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً، وبطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجر المالك تصرف الفضولي، بطل التصرف، وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعد منه، وكان العاقد الآخر قد أداه علماً أنه فضولي، فلا رجوع له بشيء منه. ٤- وإذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه، فهلك في يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمّن قيمتها أيهما شاء. فإذا اختار تضمين أحدهما سقط حقه في تضمين الآخر.

م ١٣٦: ١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد وبشروط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة. ٢- ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو القصد خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً. ٣- ويبدأ سريان المدة... وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد.

(والتقنين المدني العراقي سار في هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامي: فبيع الفضولي - أي بيع ملك الغير - موقوف على إجازة المالك. وقد نقل التقنين العراقي أحكام العقد الموقوف في الفقه

١٥٣- تحديد منطقة بيع ملك الغير: ويخلص من النصوص المتقدمة أن بيع شخص شيء معين بالذات وهو لا يملكه - وهذا ما يسمى ببيع ملك الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وقبل أن نؤصل هذا البطلان ونبين أحكام البيع على هذا الوجه، نحدد أولاً المنطقة التي ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤- ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير: فيبيع ملك للغير لابد أن يكون بيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع. فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية:

أولاً- بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل: فإذا باع شخص مائة أردب من القمح، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع. ذلك أن المبيع لم يعين بذاته، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات. أما في هذه المرحلة، والمبيع لم يتعين بالذات، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين. وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً، أو إيجاداً إذا كان لم يوجد، ثم ينقل ملكيته للمشتري^(١).

=الإسلامي بعد إدخال تعديلات هامة جعلت هذه القواعد أكثر مسامية لقواعد الفقه الغربي الحديث. ويختلف في ذلك عن التقنين المصري، ففي هذا التقنين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال. وقد ساعد التقنين العراقي على الأخذ بهذه الأحكام، التي تفضل من بعض الوجوه أحكام التقنين المصري وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال، أن التقنين العراقي قد أخذ بنظرية البطلان كما في الفقه الإسلامي لا في الفقه الغربي الحديث، وهي نظرية تفضل الفقه الغربي: أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف الجزء الرابع في نظرية البطلان - وانظر في بيع الفضولي في القانون المدني العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨، وانظر بوجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الأستاذ الصراف نقل المشرع العراقي لنظرية الفقه الإسلامي في بيع الفضولي، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفضل نظرية الفقه الغربي كما سبق القول).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٨٥: بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية: أولاً- إذا كان البيع معيناً بجنسه أو بنوعه فقط. ثانياً- إذا أجاز المالك. ثالثاً- إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع. أما إذا أبى المالك أن يجيز البيع، فالبايع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك. ولا يحوز للبائع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير. كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامي بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٦. (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري، فيما عدا أن التقنين اللبناني لا يجعل للمشتري الحق في التعويض إلا إذا كان حسن النية وكان البائع في الوقت ذاته سيئ النية، أما التقنين المصري فيشترط حسن نية المشتري دون سوء نية البائع).

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ (يتعهد بأن ينقل للمشتري ملكية شيء غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ١١٦ ص ١٠٥ - ١٠٦ ص ١٠٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٥٧٥.

ثانياً- تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر: فهذا البيع بيع ملك الغير لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره، وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع، فيكون تعهداً عن الغير^(١). وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط.

ثالثاً- بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع^(٢): فالبايع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتناً، بل علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع. وليس هذا بيع ملك الغير، فالبايع والمشتري متفقان على أن البيع ليس بيات، بل هو معلق على شرط. فإذا تحقق هذا الشرط، وأصبح البائع مالكا للمبيع، انتقلت الملكية إلى المشتري وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع^(٣).

(١) استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٣ - بودري وسينيا فقرة ١٢٢.

(٢) أو على شرط أن تظهر ملكيته بعد فحص مستنداته (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩).

(٣) فإذا باع شخص شيئاً، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرسو عليه مزاد هذا الشيء عند بيعه بالمزاد، فإنه إذا رسا المزاد على البائع انتقلت الملكية إلى المشتري، وإلا سقط البيع (استئناف مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٩).

وقد يتفق المتعاقدان، لا على بيع معلق على شرط أن يملك البائع المبيع، بل على بيع احتمالي. فالمبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال، قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع منتقل ملكيته للمشتري، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري. ويراعى ذلك بطبيعة الحال في تحديد الثمن، فيكون الثمن منخفضاً حتى يقابل احتمال عدم تملك البائع للمبيع.

وقد يتفق المتعاقدان، لا على بيع معلق على شرط، بل على أن يعمل أحدهما على أن يكسب ملكية شيء معين بالذات فينقلها للآخر (أنظر ٣٣٥ مختلط). وهنا أيضاً ليس العقد بيعاً لملك الغير، بل هو ليس بيعاً أصلاً، لأن المتعاقد لم يلتزم بنقل ملكية، بل التزم أن يقوم بعمل هو كسب الملكية. فإذا ما كسبها، تلى ذلك عقد بيع ينقل هذه الملكية للمشتري. وإذا لم يكسبها، كان مسؤولاً عن التعويض. وتختلف هذه الصورة عن صورة التعهد عن الغير في أن المتعهد عن الغير يلتزم بأن يحصل المتعاقد معه بكسب الملكية من الغير رأساً، فلا تنتقل إليه أولاً ثم ينقلها هو إلى المشتري (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨ - كولان وكايشان ٢ فقرة ٨٦٥ - جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ ص ٥٤٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٣). وتختلف عن صورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن المتعاقد هنا يتعهد بكسب ملكية شيء معين بالذات ثم ينقلها إلى المتعاقد الآخر، أما في بيع الشيء غير المعين بالذات فالبايع يتعهد بنقل ملكية شيء غير معين بالذات.

ولا يعتبر بيعاً لملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير المالك. بل يصح الوعد في هذه الحالة، فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء، وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء تم البيع. وإذا لم يكن الواعد قد أصبح مالكا للشيء وقت ظهور رغبة الموعود له في الشراء، انقلب الوعد بالبيع بيعاً لملك الغير وكان قابلاً للإبطال (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٩٠ ص ٥٧٣).

رابعاً- بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط^(١): فهذا البائع لم يبيع ملك غيره، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير يات. فهو إما ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط، وإما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط. وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه إلى المشتري، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري باتة^(١). وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكية المبيع هي المعلقة على شرط، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكية المبيع باتة.

خامساً- بيع الشيء الشائع: فهذا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره. ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة، فإن وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير.

سادساً- بيع الوارث الظاهر: وهذا إذا كان في حقيقته يبيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع^(٢)، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فقد أصبح المشتري غير مالك، وليس له الرجوع على البائع إذا كان البيع احتمالياً (بودري وسينيا فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٨٩ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٧٨).

(١) أ- للمشتري وخلفه العام من بعده طلب إبطال عقد البيع إذا تبين أن البائع لا يملك المبيع، سقوط الدعوى بهذا الطلب بانقضاء ثلاث سنوات من وقت العلم بعدم ملكية البائع للمبيع. المادتان ١/١٤٠، ١/٤٦٦ مدني.

(جلسة ١٩٩٩/٦/٨ الطعن ٢٣٨٣ لسنة ٦٧ق)

(جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١ الطعن ٢٤٨ لسنة ٥٦ق ص ٤٣ ع ٢ ص ١٣٥٤)

ب- متى كان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه برد ما دفعه المطعون عليهما من ثمن الأطنان المبعة لهما من الطاعن الذي آلت إليه بمقتضى عقد مقايضة بينه وبين المتصرف الخاضع لأحكام قانون الإصلاح الزراعي، وبطلان عقد البيع بدعوى وقوعه على ملك الغير، تأسيماً على أنه لم يثبت أن المتصرف الصادر منه عقد البذل للبائع قد اختار هذه الأطنان ضمن ما اختاره من املاكه دون أن يثبت الحكم من أن هذه الأطنان قد استولى عليها من جهة الإصلاح الزراعي وكان ما استند إليه الحكم لا يفيد بذاته أن القدر المتبادل عليه الذي يبيع للمطعون عليها يدخل فيما استولى عليه، فإن الحكم يكون قد خالف القانون وشابه قصور ما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ الطعن ٣٢٥ لسنة ٢٦ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٥٦٥)

(٢) نص المادة ٤٦٦ من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه «إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، وبفقرتها الثانية على أنه «وفي كل حال لا يسرى»

بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي. ومن ثم يملك المشتري المبيع، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاها القانون للمشتري في بيع ملك الغير^(١).

فيبقى بعد كل ذلك، في منطقة بيع ملك الغير، بيع الشخص لعين معينة بالذات غير مملوكة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال^(٢). ويستوى أن يكون البائع عالماً بأنه لا

= هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد إذا كان بيع الوارث الظاهر هو بيع ملك الغير وكانت عبارة النص واضحة في عدم سرعان بيع ملك الغير في حق المالك، يؤكد هذا النظر أن القانون عندما أراد حماية الأوضاع الظاهرة وضع لها نصوص استثنائية يقتصر تطبيقها على الحالات التي وردت فيها فقد نص القانون المدني في المادة ٢٤٤ على أنه «إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللحلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر وبشئوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم، وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأوليين، بالمادة ٢٣٣ على أنه «إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، وبقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حياته، وفي المادة ١٠٢٤ على أنه يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لاي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه العقد إذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءً على أن بيع الوارث الظاهر صحيح نافذ في حق الوارث الحقيقي، فإنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٩٨٠)

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٢٠. ونظير ذلك المشتري في بيع ملك إذا ملك المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والعقار، أو إذا أصبح البائع مالكا للمبيع، أو أجاز المالك الحقيقي البيع، فتنتقل في جميع هذه الأحوال الملكية إلى المشتري (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ١٢٤ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨).

على أن المشتري في بيع ملك الغير، إذا كسب ملكية المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والعقار، يكون قد كسبها بالحيازة أو بالتقادم، لا بالبيع الصادر من غير المالك. ويذهب رأي إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد، لأن التمسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميره (بيدان ١١ فقرة ١٢٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١).

وإذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه عنه أو أخذه وصية منه، فإن بيع ملك الغير لا يتقلب صحيحاً في هذه الحالة، بل يبقى قابلاً للإبطال ويكون للمشتري الحق في طلب إبطاله (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ويتقدم البائع عادة في بيع ملك الغير بضيف المبيع إلى نفسه. فإن أضافه إلى المالك الحقيقي وكان نائباً عنه، فإن البيع يعتبر صادراً من المالك الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في النيابة. أما إذا لم يكن نائباً عنه، فإن البيع في هذه الحالة يكون بيع ملك الغير. ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن من -

يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه، كما يستوى أن يكون البيع مساومة أو بيعاً قضائياً، ويستوى في البيع القضائي أن يكون بيعاً جبرياً أو بيعاً اختيارياً^(١).

وبيع ملك الغير، على هذا التحديد، يقع كثيراً في العمل. فالأب قد يبيع ملك ولده. لا باعتباره نائباً عنه، بل باعتباره أصيلاً عن نفسه. والزوج قد يبيع ملك زوجته^(٢). والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة، أو في التركة ولكنها لا تقع في حصته. والشريك في الشيوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو لا يملك إلا حصته فيها. وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك. وكثيراً ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة. فهذه كلها تعتبر بيعاً لملك الغير^(٣).

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا. فنؤصل هذا البطلان، ثم نبين أحكام البيع ذاته.

أ- تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

١٥٥- النظريات التقليدية: تقضى المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني الفرنسي بأن بيع ملك الغير باطل، وبأن للمشتري الحق في التعويض إذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع. وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بطلان بيع ملك الغير، إذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض.

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلاً، وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يحم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى المشتري، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع^(٤). وعيب هذا الرأى واضح، إذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص

المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره على أنه ملك لنفسه فيبيعه باطلاً، ولا تلحقه الإجازة لعدم انعقاده أصلاً. إنما يتعد موقوفاً على إجازة مالكه إذا باعه على أنه ملك لغيره. وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تخول له حق بيع عقار قاصره، إلا أنها لا تخرجه عن القاعدة العامة السابق ذكرها، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الولي أنه ملك ابنه (٢٣ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤).

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٩ - أنسيكلويدى داللو ٥ لفظ vente فقرة ٣٦٥.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٣٧٠.

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٤٨ - أنسيكلويدى داللو ٥ لفظ vente فقرة ٣٦٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٥٧ ص ١٥٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٥.

(٤) كوليه دي سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة. بقنوار في الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص ٥١٦ - جودمين في النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٣٧ ص ١٠٧ - ١٠٨ الأستاذ جميل الشرقاوى =

التقنين الفرنسي ومع نص التقنين المصري أيضاً، فالنص في التقنينين على البطلان والبطلان شيء غير الفسخ. هذا إلى أنه لو كان بيع ملك الغير جزأه الفسخ فحسب، لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه، ولما استطاع أن يقصى به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى^(١).

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً^(٢)، إما لانعدام السبب إذ التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك إلى المشتري. وعيب هذا الرأى أنه يتعارض هو أيضاً معارضة صريحة مع الآثار الكثيرة التي يستجها بيع ملك الغير وستفصلها فيما يلي، ولو كان هذا البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً لما أنتج أثراً. هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه، فالسبب إذن غير معدوم، والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة، وإذا لم يحم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق^(٣).

وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن بيع الغير باطل بطلاناً نسبياً، إما لغلط في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع، وإما لغلط في المبيع فقد توهم المشتري أنه مملوك للبائع^(٤). وعيب هذا الرأى واضح، فهو يقتضى ألا يكون بيع ملك الغير قابلاً

=رسالة في نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى حتى في عهد التقنين المدني المصري الجديد، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢). وقد جعل التقنين المدني الإيطالي الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ (م ١٤٧٩) بيع ملك الغير قابلاً للفسخ حتى لو كان المشتري يجهل أن البائع غير مالك.

ويذهب الأستاذان كولان وكايتان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدني الفرنسي جعل الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق.

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ١٠٨.

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش رقم ٤٣ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ - بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦.

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ١٠٩ - والذي يعتبر مستحيلاً استحالة مطلقة ليكون العقد معه باطلاً بطلاناً مطلقاً هو أن يبيع شخص آخر شيئاً يتبين بعد ذلك أنه كان مملوكاً للمشتري وقت البيع، كأن يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن يكون هذا عالماً بالوصية، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة (كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٤ - أنسيكلويدى داللو ٥ لفظ vente فقرة ٣٧٩ - وانظر آنفاً فقرة ١٥١ في الهامش) - ويقول الأستاذ إسماعيل غانم: «أما استحالة محل البيع في بيع ملك الغير فهي استحالة نسبية، إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو المالك الحقيقي، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١٥».

(٤) جوسران ٢ فقرة ١٠٤٣ وقرة ١٠٤٥، ويذهب إلى أن بيع ملك الغير الباطل يفترض فيه دائماً أن

للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع في غلط في البائع أو في المبيع. وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين الفرنسي، ومع صريح النص في التقنين المصري فإن المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح بوجود التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيئ النية بقي البيع قابلاً للإبطال وإن كان المشتري لا يستحق التعويض (١).

على أن الفقه الفرنسي الحديث أخذ يعدل عن هذه النظريات التقليدية، ويذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق يسبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك الحقيقي. فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يترتب حتى يتعرض له المستحق. وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق. أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي، بل يبادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع، فدعوى البطلان هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري رفعها *garantie d'éviction anticipée* (٢). ولكن القول بأن دعوى البطلان هي دعوى ضمان

= المشتري حسن النية وأنه يجهل أن الشيء مملوك لغير البائع (أنظر عكس ذلك كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧). وأنظر م ٣٣٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي. وهي تبني بطلان بيع ملك الغير على الغلط.

(١) بودري وسينيا فقرة ١١٨ - والبطلان النسبي هو الذي وقف عنده التقنين المدني المصري السابق، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصبح إذا أجازاه المالك الحقيقي (م ٢٢٣/٢٦٤)، والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تحققه الاجازة، وإنما يلحق الاجازة العقد الباطل بطلاناً نسبياً. وبالرغم من صراحة النص، فقد اضطرب الفقه المصري في عهد التقنين المدني السابق، وساءل الفقه الفرنسي في اضطرابه (أنظر في الفقه المصري في عهد التقنين السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي - فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٨ - عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هام رقم ٢ - الأستاذ حلمي بهجت بدوي في مقال في مجلة القانون والاقتصاد ١ ص ٥٨٨ وما بعدها).

(٢) بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٧.

ويذهب بودري وسينيا إلى أن بيع ملك الغير مشوب بعيب أصلي هو استحالة تنفيذه، وأن هذه الاستحالة تنطوي على خطأ في جانب البائع إذ التزم بما لا يستطيع تنفيذه. فالبطلان الذي يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشتري، فهو بطلان نسبي وتقرب آثاره من آثار البطلان للغلط (بودري وسينيا فقرة ١١٨ ص ١١١).

ويذهب بلانيول وريبير وهامل إلى أنه لما كان البيع في القانون الروماني لا يلزم البائع بنقل الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً، فإن البيع في القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل الملكية يجب أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وقد نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٥٩٩) فعلاً على هذا البطلان. ولكن الفقه والقضاء في فرنسا لم يجدا من الضروري أن يسلبا بيع ملك الغير من أي أثر يترتب عليه، فحولوا البطلان لحماية مصلحة المشتري، فيستطيع هذا طلبه إذا هو لم يظفر بعد البيع بملكية المبيع، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق مستتقة *garantie d'éviction anticipée* (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥).

استحقاق استبق إليها المشتري يقتضي أن تكون مدة التقادم، لا عشر سنوات كما هو الأمر في القانون الفرنسي، بل ثلاثين سنة وهذه هي مدة التقادم في القانون الفرنسي في دعوى الضمان. فلا بد إذن أن يختلط، في دعوى بطلان بيع ملك الغير، معنى الضمان بمعنى البطلان (١).

١٥٦ - رأى يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل: والتقنين المدني المصري الجديد صريح في أنه يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦)، وفي أنه إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري (م ١/٤٦٧)، وفي أن البيع ينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧). فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال، وقد قن المشرع المصري بهذه النصوص الرأي الذي ساد فعلاً في كل من الفقه المصري والفقه الفرنسي.

بقي أن نؤصل هذا البطلان. وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس (٢) في عهد التقنين المدني الجديد، يقول بأنه بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المثل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع. ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (*conversion*) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني. فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشئ للالتزامات فحسب، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع. وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرفت نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك فمفروض إلى أن يثبت العكس، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول. ويختم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبارة الآتية: «وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقلين المحتملة إلى التحول، إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري» (٣).

ونأخذ على هذا الرأي أمرين:

أولاً - القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً

(١) أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ *vente* فقرة ٣٨٩.

(٢) البيع فقرة ٢٨١.

(٣) الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦٢ - وأنظر في رد مطول على هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٥٤ ص ٢٥٨.

واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدني المصري، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً^(١).

ثانياً- والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشيء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة. فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل. ونية المشتري المحتملة تستعصي على هذا التأويل. فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي إلا يحوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع. وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح.

١٥٧- رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف: وهناك رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على التحول المعروف في الفقه الإسلامي. قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه «النظرية العامة للتأمين العيني»^(٢)، إذ كتب ما يأتي: «وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير. على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك. وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين. وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً. فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً. والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان^(٣)».

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي:

أولاً- لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً، لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي، كما تقتضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي. ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال، شأنه شأن أي عقد قابل للإبطال، ولا يحل إلا إذا طلب المشتري إبطاله. ثم إن المشتري يملك الإجازة، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه إلا المالك الحقيقي.

ثانياً- نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصري عن الفقه

(١) ولا يقال إن هناك استحالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه كان الجراء هو الفسخ لا البطلان المطلق.

(٢) الجزء الأول فقرة ٩٢.

(٣) ويشير الأستاذ شفيق شحاتة في الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامي في البيع الموقوف، وإلى المادة ١٠٨ من التقنين المدني الألماني وتقتضي بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الوصي هو عقد غير نافذ، وإلى المادة ١٠٩ وتقتضي بأن الطرف الآخر في التعاقد يستطيع الرجوع في العقد ما لم يجزه الوصي.

الإسلامي باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ مدني)، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه. ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها. أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعي صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح^(١).

١٥٨- الرأي الذي نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان: لذلك لا نرى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه^(١). ونعبد هنا ما كنا نقوله في هذا الصدد في عهد التقنين المدني السابق^(٢)، فإن التقنين المدني الجديد لم يدخل أي تعديل في تأصيل بطلان بيع ملك الغير:

لا يسعنا، إزاء تضارب الآراء في تأصيل بطلان بيع ملك الغير، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخي لهذا البطلان. كان بيع ملك الغير في القانون الروماني صحيحاً، لأن البيع في هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد^(٣). وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك، ومن ثم كان بيعه صحيحاً. وكان يترتب على ذلك أن المشتري لشيء غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي، فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع. واستمرت الحال على ذلك في القانون الفرنسي القديم، رغم أن البيع أخذ يتدرج في طبيعته إلى عقد ناقل للملكية. ثم لما قرر التقنين المدني الفرنسي، ومن بعده التقنين المدني المصري القديم والجديد، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع. فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلاً للإبطال لحماية المشتري،

(١) وهذا لا يمنع، من ناحية السياسة التشريعية، أن نظرية العقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال في بيع ملك الغير. وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في كتاب «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» الجزء الرابع ص ٣٠٥ - ص ٣٠٧.

(٢) مذكرات غير مطبوعة في البيع للمؤلف سنة ١٩٢٧ - عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هامش رقم ٢ - نظرية العقد للمؤلف سنة ١٩٣٤ ص ١١٦ هامش رقم ٢.

(٣) بودري ومينيا فقرة ١١٦ - بلاتويل وريير وهامل ١٠ فقرة ٤٥.

(١) أ بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري فما لم يستعمله بالفعل بقي عقد البيع قائماً منتجا لأثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها في كل بيع تم مستوفياً لأركانه ولو حمل مسبباً لطلانه ويحل فيه الشفع محله المشفوع منه في جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله وتبعض محله، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للمير مما محله الرجوع على البائع لا تفريق الصفقة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى باللاحقية في الشفعة مقصورة على بعض المبيع وحمل قضاءه على =

فيستطيع هذا، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، أن يبادئ البائع بطلب إبطال البيع، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقي حتى يتمكن من تصحيح موقفه (١).

فالعلة إذن في كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هي منافية هذا العقد لطبيعة البيع. ولكن العلة وحدها لا تكفي، فمنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون علة معقولة للبطلان، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد. فبسبب إبطال العقد، وفقاً للقواعد العامة، ليس إلا نقص الأهلية أو عيبا من عيوب الرضاء. لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها، وقد وجد هذا النص. فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه (٢)، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٣).

= ما أنبأ به من أن البائعة لا تملك ما يبيع غير مساحية وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع على ما يمكنه الغير مما هو غير جائز، إلا بأجازته ولم يجره فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٧٩/١/١٠ الطعن ٩٦١ لسنة ٤٧ ق مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ١٧٣).

ب- بيع ملك الغير لا ينقل الملكية للمشتري. للأخير دون غيره طلب إبطال هذا البيع ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي بالفعل برفع دعوى الضمان على البائع عملاً بالمادة ١/٤٦٦ من القانون المدني إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقي البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما فتنته المادة ٤٦٧ من القانون المدني بفقرتها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية إلى المشتري بهذا البيع، مما ينشئ عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكناً فإن إبطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذ لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال.

(جلسة ١٩٩٦/٤/١٨ الطعن ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨ الطعن ٥٢٥٧ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/٨ الطعن ١١٧٣ لسنة ٥٤ ق ٣٩ ج ٢ ص ٩١٣)

(جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ الطعن ١٨٩ لسنة ٣٣ ق ١٩ ص ٧٨٠)

ج- بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته وبعد هذا منه إجازة للعقد.

(جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ الطعن ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٤ ص ٢٩٨)

(١) بودري وسييا فقرة ١١٩ مكررة

(٢) المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣.

(٣) وهذا هو المقرر فعلاً في التقنين المدني الألماني حيث لا يوجد نص على بطلان بيع ملك الغير =

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان، فيحتدم الخلاف بينهم ويتضاربون والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع، أنشأه نص تشريعي خاص، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع. ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان. من ذلك أن بيع ملك الغير يجيزه المالك الحقيقي، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للمبيع، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازته العقاد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري (١) (١). فلا بد إذن من القول بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة، وقد أنشأه نص تشريعي صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة (٢).

= فالبايع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (م ٤٢٣)، فإذا لم ينفذ التزامه جاز للمشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠). وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون باتفاق نال مستقل عن عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة إلى العقار (م ٨٧٣)، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م ٩٢٩). ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في القانون الألماني أن يرفع دعوى الفسخ على البائع، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي، وفي هذا يختلف القانون الألماني عن القانون الروماني اختلافاً بينا (سألي في الالتزامات فقرة ١٥٢ وقرة ٢٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٥ هامش رقم ٣). وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق نال يقيد في السجل العقاري، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق نال يصحبه التسليم.

(١) وسرى أن المشتري إذا كان له أن يجيز بيع ملك الغير، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يجيزه، بل إن إجازة المالك الحقيقي أبلغ أثراً من إجازة المشتري، فهي تقبض العقد صحيحاً وتجعله في الوقت ذاته سارياً في حق المالك. وسرى أيضاً أن العقد ينقلب صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكا للمبيع، وهذه خصوصية لا تعرف في العقد القابل للإبطال طبقاً لقواعد العامة

(٢) البيع الصادر من غير مالك إن كان باطلاً فإن بطلانه ليس بطلاناً أصلياً بل أن القانون نص على صحته إذا أجازته المالك، كما أن عدول المتعاقدين عما تعاقداً عليه جائز.

(جلسة ١٩٤٤/٦/٨ طعن ١١٢ لسنة ١٣ ق مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً ١٣٤ - ٣٦٧).

(٢) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٤٩ - ص ٥٠ - الأستاذ إسماعيل عانم ص ١٥ - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص ٣٩١ - ص ٣٩٢.

وقد قررنا هذا الرأي نفسه في كتاب الإيجار في العبارات الآتية: «بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة، لأنه خاضع في مصدره وفي أحكامه إلى سادى أخرى خاصة به. فمن العيب إذن أن نحاول البحث في القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير. أما العلة في البطلان فراجعة إلى أن البيع ناقل بطبيعته للملكية، ولم يكن كذلك من قبل. فقد كان البائع في القانون الروماني لا يلتزم بنقل الملكية بل ينقل مجرد الحيازة، ولذلك كان بيع ملك لا غير صحيحاً. واستمر الحال كذلك في القانون الفرنسي القديم، مع الالتجاء إلى بعض -

أوضاع تسهل نقل الملكية.. أما في القانون الفرنسي الحديث فقد تقرر أن البائع يلتزم بنقل الملكية، ولذلك تعبرت طبيعة البيع، وأصبح بيع ملك الغير ماقضاً لها. ولاحظ واضعو قانون نابليون هذا التعبير، فرتوا عليه نتيجة المطلقية وهي بطلان بيع ملك الغير. ولم تكن علة البطلان - وهي تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - على وجاهتها بكافية وحدها في تقرير البطلان من الوجهة القانونية، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع العقود. وكان لابد من نص صريح ينشئ البطلان ويحلله، فالمراد ١٥٩٩/٣٣٣/٢٦٤ تعتبر نصوصاً منشئة لا مقررة، بحيث لو كانت غير موجودة لما حاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء علة البطلان المشار إليها (وهذا هو الأمر في القانون الألماني) - ونرى مما تقدم أنه حتى يكون إيجار ملك الغير باطلاً يجب وجود نص خاص بذلك، ولا يصح القياس على البيع - وفي الوقت الذي كان بيع مالك الغير فيه يعتبر صحيحاً، كان يترتب على ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يحرك ساكناً قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي. فلما أصبح البيع ناقلاً للملكية، كان هذا كافياً لإخراج المشتري من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع ما دام البائع لم يقم بالتزامه من نقل الملكية. ولكن المشرع - مراعاة للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وصورته عقداً ناقلاً للملكية يستلزم منطقياً بطلان بيع ملك الغير - قرر أيضاً هذا البطلان. فأصبح المشتري بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتفاء بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ - بعد أن يجيز البطلان ولو ضمناً.. وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التي أعطاهها له القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطالب ببطلان العقد، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان؛ (عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٢٣).

ويتفق معنا الأستاذ حلمي بهجت بدوي في أن بطلان بيع ملك الغير غير مستند من القواعد العامة، وقد نشأ من نص تشريعي خاص. ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية في الحال، فالبيع قابل للإبطال أما إذا كان الاتفاق لا ينقل الملكية في الحال بل يكفي بتقرير التزام في ذمة البائع بنقلها، فلا تناقض، إذ يجوز أن يحصل البائع على الملكية وينقلها للمشتري وبذلك يبقى بالتزامه (انظر مقالاً له في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩). وفي رأينا أن البيع الذي يقرر التزاماً بنقل الملكية في ذمة البائع لا يختلف في طبيعته عن البيع الذي ينقل الملكية في الحال، فالبيع لا ينقل الملكية إلا لأنه أولاً ينشئ التزاماً بنقلها، ثم ينفذ الالتزام فتنتقل الملكية فعلاً. ولذلك لا نفرق - من حيث طبيعة العقد - بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاماً بنقل الملكية، وبيع العقار المسجل وينقل الملكية فعلاً. فكلاهما عقد ناقلاً للملكية تتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير، وكلاهما قابل للإبطال. وقد اضطر الأستاذ حلمي بهجت بدوي، وهو ينكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كعقد ناقلاً للملكية، أن ينكر هذه الطبيعة أيضاً على بيع العقار غير المسجل، إذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد، ولا يبطئه إذا كان صحيحاً. وقاده هذا المنطق إلى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحاً، مخالفاً في ذلك البداهة والإجماع. ومنعود إلى هذه المسألة فيما يلي.

ويتفق معنا كذلك الأستاذ حامد زكي في أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً للقواعد العامة بل أنشاء الشارع بنص خاص. ولكن علة البطلان عنده ترجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان متراجخاً إلى حين حصول التسجيل، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع تصرفه (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ١٦٦). ولا =

يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل. فلم يغير قانون التسجيل، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع. ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى. فتتص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن «جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء ملكية.. يجب شهرها بواسطة تسجيلها». وتتص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن «جميع التصرفات التي من شأنها حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.. يجب شهرها بطريق التسجيل». فبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه - أو من طبيعته - نقل الملكية، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع. فبيع عقار الغير إذن لا يزال منافياً لطبيعة عقد البيع، ومن ثم فعلة البطلان في البيع غير المسجل موجودة، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل. بل إن التقنين المدني الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري إبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦: «ويكون الأمر كذلك (أي يجوز للمشتري طلب إبطال البيع) ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل». وما دامت علة البطلان موجودة، وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل، وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله، ويبقى بطبيعة الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل.

ولا يمكن القول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، قابل للإبطال بعده (١). فان التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً، فلو كان بيع عقار الغير

تتفرق فرقاً، في استظهار علة البطلان، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية فتتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشتري على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فالتعبير وإن كانا مختلفين ينطويان على فكرة جوهريّة واحدة.

انظر في استعراض هذه الآراء وانتقادها الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ - وينتهي إلى القول: «ويبدو لنا، بعد عرض هذه الآراء، أن نص المشرع على قابلية بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للعقود الأخرى كالإيجار مثلاً، لا يستند إلى أي أساس فني. وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصري بسلك القضاء الفرنسي الذي لم يلتزم حدود النص، وخرج عما قصده واضعو قانون نابليون الذين يبدو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق... ولهذا ننتهي إلى أنه لا يوجد أساس فني يبرر إبطال بيع ملك الغير. وربما كان مصلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق.. ولهذا نجد المحدثين من الشراة الفرنسيين يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا أعمالاً لضمان الاستحقاق قبل أن يتحقق التعرض الفعلي، أو أنها تكملة لأحكام الضمان» (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٦١ وص ٢٦٢ وص ٢٦٤).

(١) وهذا ما قال به الأستاذ أحمد نجيب الهلالي فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١.

صحيحاً قبل التسجيل فإنه ينبغي أن يستمر صحيحاً بعده^(١). ولما كان بيع عقار الغير قابل للإبطال قبل التسجيل، فإنه يجب أن يستمر قابلاً للإبطال بعد التسجيل.

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلاً يجب أن يكون المقصود بالبيع نقل الملكية في الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، فيبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحاً بعد التسجيل لأن التسجيل لا يطل عقداً صحيحاً^(٢). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية في الحال، ولكنها لا تنتقل فعلاً لسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففي حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاء القانون لإرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان - وهي قصد نقل الملكية في الحال - متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلاً للإبطال، وقد ورد نص التقنين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) صريحاً في هذا المعنى كما سبق القول (٣)(١).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - وهذا هو الأمر في القانون الألماني كما سبق القول.

(٢) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلمى بهجت بدوى في المقال المشار إليه (مجلة القانون والاقتصاد) ص ٥٩٨ وما بعدها. فهو يرى - كما سبق القول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يجب أن تنتقل في الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب على بيعه هذا الأثر. ولما كانت هذه العلة قد زالت بصور قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان. ومن ثم يكون بيع عقار الغير في رأيه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد التسجيل. هذا وقد حسم التقنين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) كل خلاف في هذه المسألة بنص صريح كما قدما.

(٣) أنظر في هذا المعنى: الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠١ - الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٩١ - وهذا هو الرأي الذى قلنا به في عهد التقنين المدني السابق، وأوجزناه في كتاب الإيجار في العبارات الآتية: وهذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلاً حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يولد التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل. وعلى ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المنشئ للبطلان (م ٣٣٣/٢٦٤) لم يلغ قانون التسجيل. ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطل بعد التسجيل. أنظر الأستاذ الهلالي في البيع فقرة ٣٤٦ - فقرة ٣٤٨ - لأن التسجيل لا زال حتى الآن مجرد الاشهار، وليس من شأنه أن يطل عقداً صحيحاً أو يصحح عقداً باطلاً (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - وأنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف ص ٦١١ هامش رقم ٢).

وأنظر أيضاً في هذا المعنى في عهد التقنين المدني السابق الأستاذ حامد زكى (البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥).

(١) لكن كان صحيحاً أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما يباعه إلا أن بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يسرى في حق المالك الحقيقي =

ب أحكام بيع ملك الغير

١٦٠ - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقي: بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم، تنتقل إلى بيان أحكام هذا البيع: (أولاً) فيما بين المتعاقدين (ثانياً) بالنسبة إلى المالك الحقيقي.

أولاً: فيما بين المتعاقدين:

١٦١ - المشتري وحده هو الذى يجوز له طلب إبطال البيع: لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، فالمشتري وحده هو الذى يجوز له طلب إبطال البيع (م ١/٤٦٦ مدنى). وله أن يتمسك بإبطال البيع، إما فى صورة دعوى لإبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق، وإما فى صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن^(١).

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي^(٢)، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع، فهو إنما رضى بالبيع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع. وهذه هي المزية الجوهرية فى أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري، كما سبق القول.

وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال^(٣)، فقد ثبت حقه فى إبطال البيع. ويتحتم على القاضى أن يحكم له بذلك، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم، ما دام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل إقرار المالك الحقيقي أو قبل

ولهذا المالك أن يقر البيع فى أى وقت فيسرى عدل في حقه وينقلب صحيحاً فى حق المشتري، كما ينقلب العقد صحيحاً فى حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، فإذا كان الطاعنون، ورثة المشتري فى عقد بيع ملك الغير - قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استناداً إلى هذا العقد المسجل فأنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقي، إن يتعرض على هذا البيع ويطلب عدم سريانه فى حقه، ومن ثم فلا يكفى لعدم احابة الطاعنين إلى طلبهم أن يثبت المدعى عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما يباعه بل يجب أن يثبتوا أيضاً أنهم هم أو البائع لهم المالك لهذا المبيع إذ لو كان المالك موافق لما قلنا منهم هذه المنازعة.

(١) جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ الطعن ١٨٩ لسنة ٢٢٣ مجموعة أحكام القضاة السنة ١٩ ص ٧٨٠.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بودرى وسيبيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيدان ١١ فقرة ١٠٥ - بلاتول وريير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - كولان وكايتال ٢ فقرة ٨٦٧.

(٣) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨.

(٤) وسرى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى الفسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق

سيرورة البائع مالكا. ذلك أن القاضي إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (١).

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع (١)، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت البيع، وهذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل أن يتمسك المشتري بالبطلان بإجراء صحيح، فإن البيع ينقلب صحيحاً (١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٧-٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨). وقضت أيضاً بأن للبائع أن يحتج بإقرار المالك الحقيقي للبيع في دعوى الإبطال التي رفعها المشتري (٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥). ويشير القضاء الفرنسي على هذا النحو (أنظر بودري وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيخ ٢ فقرة ٢٣٢١ وأحكام القضاء الفرنسي المشار إليها).

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مجرد رجوع المشتري عن البيع في بيع ملك الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع (أي ولو قبل رفع الدعوى) قبل صدور الأقرار من المالك الحقيقي يكفي لسقوط البيع، ولو أقر المالك بعد ذلك (٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ - وأنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦).

وعلى العكس مما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إجازة بيع ملك الغير، إذا تمت بعد رفع الدعوى وقبل الحكم، تعتبر قياماً من جهة البائع للملك الغير بنفاذ تعهده وهو نقل الملكية، ويصح قبول الإجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشتري ضرر من هذا التأخير، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ ص ٨٤ - وأنظر أيضاً في هذا المعنى جيوار فقرة ١٨٩ - دي هلتس لفظ vente ص ١٤ - الأستاذين أحمد نجيب الهاللي وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١).

ولا شك في أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشتري رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الإبطال، بالرغم من إقرار المالك الحقيقي للبيع أو سيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى، يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدني). أما قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الإبطال وقبل صدور الحكم، أو سيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين، فقد يتفق مع المبدأ القاضي بتحريم التصرف في استعمال حق الإبطال، إذا ظهر أنه لم تعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال. ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدني من أنه: ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

(١) إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتد في حق المطعون عليهم الثلاثة الأول - المشترون - بتاريخ ادخالهم في الدعوى بطلب إبطال البيع الصادر لهم من الوصي على الطاعة ولم يعتد بتاريخ ايداع صحيفة الدعوى قبل الوصي وآخر لا شأن له بالحقوق ورتب على ذلك سقوط حقها في طلب إبطال العقد لمضي أكثر من ثلاث سنوات على تاريخ بلوغها سن الرشد بأن يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً، ذلك أن الخصومة في دعوى إبطال البيع في هذه الحالة إنما تدور بين الطاعة وبين =

قياساً على سائر دعاوى الإبطال (١).

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري (٢) (١). وهناك رأى وجيه يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط، إذا كان

= المشتري أصحاب المصلحة الأولى في التمسك بالعقد. وإذا كان الأصل في الإجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقاً بالحق المراد انقضاؤه ومتحداً بين نفس الخصوم بحيث إذا اختلف الخصوم لا يبنى عليه هذا الأثر، ومن ثم لا يصلح توجيه الدعوى بطلب إبطال العقد للوصية إجراء قاطعاً لتقادمها قبل المطعون عليهم الثلاثة الأول - المشتري - إذ لا يصح أن يضار خصم من إجراء لم يتخذ في مواجهته وإنما اتخذ في مواجهة آخر، ومن المقرر أن البائع فيما يتعلق بقطع التقادم لا يمثل المشتري في الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت بعقد البيع.

(جلسة ١٦/١٢/١٩٨٠ الطعن ١٢٠٧ السنة ٤٩ ق).

(١) أنظر من هذا الرأي في الفقه المصري الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٣٩٦ ص ٥٨١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٧ - ١٨ - وفي الفقه الفرنسي: أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - ٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجيخ ٢ فقرة ٢٣١٨.

ومع ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - وبوافقه الأستاذ محمد كامل مرسى (فقرة ٢٣٣ ص ٤٤٤) - إلى أن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً للتقادم خاصاً بهذا الحق، فتسرى عليه الأحكام العامة. غير أن المادة ١٤٠ التي حددت مدة تقادم دعاوى الإبطال بثلاث سنوات قد عينت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة، وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية، ولم تحدد مبدأ مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير فيتعين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التي حدد فيها مبدأ لهذه المدة نالاً لوقت إبرام العقد. أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٩٩ - ٤٥٠). ونخالف هذا الرأي، فإن المواد ١٣٨ - ١٤٠ مدني جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيا كان سبب البطلان، فيدخل فيها بيع ملك الغير، ويسقط الحق في إبطال هذا البيع بثلاث سنوات (م ١/١٤٠ مدني). ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني لم تحدد مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير، فقياساً على الأحوال التي حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكين صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا من وقت تمكين المشتري من رفع دعوى الإبطال أي من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع. وقياساً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير. وليس صحيحاً أن مدة الثلاث سنوات تبدأ دائماً من وقت تال لإبرام العقد، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد، كما إذا انقطع الإكراه بمجرد تمام العقد فتتقادم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت، وكما إذا كان المشتري في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع (الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨).

(٢) يبدان ١١ فقرة ١٠٥.

(١) وإن كان لا يجوز طلب إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له إلا أن المالك الحقيقي -

يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له^(١).

١٦٢- وللمشتري أن يطلب التعويض: ولا يقتصر المشتري على طلب إبطال البيع، بل له أيضاً أن يطلب بتعويض ما أصابه من ضرر، من خسارة لحقت به أو كسب فاته، بسبب إبطال البيع^(٢). ولكن يشترط في ذلك أن يكون حسن النية^(٣)، أي ألا يكون وقت البيع عالماً بأن البائع لا يملك المبيع^(٤)(١). أما إذا كان يعلم ذلك، فانه يستطيع أن

== يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل اما إذا كانت الملكية ما زالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع فان يكفيه طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته وأن يطلب الربح عن المدة التي وضع المشتري فيها يده على ملك غير البائع له.

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٣٦٣).

(١) ديفرجيه ١- فقرة ٢٢٠- ماركاديه م ١٥٩٩ فقرة ٢- كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩- بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣١٨- الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٨٥- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨- الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٤١ ص ١٠٠- بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن للبائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلمه إلى المشتري، لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه إكراه له على أن يعتدي على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥).

عنى أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع، سواء كان سيئ النية أو حسن النية، لأن طلب الإبطال لم يقرر إلا لمصلحة المشتري، ولأن التزام البائع بالضمائم يتعارض مع إبطاله للبيع، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية نقصر في بيعه شيئاً غير مملوك له: بودري وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١١- ١١٢- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠- الأستاذ عبد المنعم البدرأوي فقرة ٣٩٩- وانظر عرضاً لهذه الآراء المختلفة: الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ١٧٥ هامش رقم ٣.

ولا يجوز للمالك الحقيقي ان يطعن في البيع بالإبطال إذ أنه البطلان لم يقرر في حمايته هو بل لحماية المشتري وإنما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يد حائزه ولا يحتج عليه بالبيع فالبيع غير نافذ في حقه. (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١).

(٢) ويحيل الفقه الفرنسي إلى جعل مدى التعويض ما كمداه في ضمان الاستحقاق (بيدان ١١ فقرة ١٠٨- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣- أنسيكلويدى داللو ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦).

(٣) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩.

(٤) ويكون حسن النية لو جهل ذلك، حتى لو كان جهله راجعاً إلى خطأ جسيم في جانب (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩- قارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١- بيدان ١١ فقرة ١٠٨).

(١) أ- تقرر المادة ٤٦٨ من القانون المدني حق المشتري الذي حكم له بإبطال البيع في التعويض متى كان حسن النية وإذا جعل المشرع مناط حسن نية المشتري هو جهله بأن المبيع غير مملوك للبائع فهو يعنى ألا يكون هذا المشتري عالماً وقت شرائه بأن البائع لا يملك المبيع وبأنه يستحيل عليه لذلك نقل الملكية إليه، ومن ثم فلا يتنفي حسن النية عن المشتري بمجرد علمه بأن سند البائع له عقد بيع ابتدائي لم يسجل، اد في هذه الحالة لا يستحيل على البائع نقل الملكية إليه بل ان انتقالها يكون ممكناً بمجرد تسجيل البائع عقد تملكه ولا يعنى عدم تسجيل العقد عيباً فيه، ذلك أن عقد البيع غير المسجل -

يطلب بإبطال البيع، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض، بل دون مصروفات البيع التي أنفقها، ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع، فهو الذي يحمل تبعه ذلك^(١).

ولا يشترط في جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سيئ النية، أى أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له. فحتى لو كان البائع حسن النية، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع، لم يمنع ذلك من جواز أن يطلب المشتري بتعويض على النحو المتقدم^(٢). وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدني إذ تقول: «إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطلب بتعويض ولو كان البائع حسن النية»^(٣).

ومصدر التعويض، بعد إبطال البيع، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه، فقد زال بالإبطال. وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية البائع إلى الخطأ التقصيري،

=عقد منتج لجميع آثاره ومنها التزام البائع بنقل الملكية وتسجيله تنتقل إليه الملكية للمشتري فعلاً متى كان البائع مالكا للمبيع.

(جلسة ١٩٦٤/٦/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٨١٤).

ب- إذا كان المشتري على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له أن يطلب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعاً لذلك ولكن لا يكون له الحق في أى تعويض.

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٥٠٠).

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٣٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٥٠٠).

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠- أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش ٤٨- بودري وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٥- بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩.

ولكن يجوز للمشتري، حتى لو كان عالماً وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع، أن يشترط في عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن إذا انتزع المالك الحقيقي المبيع من يده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣- أنسيكلويدى داللو ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٤- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥)- وعلى العكس من ذلك لا يستطيع البائع إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيري إذ لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢).

(٢) قارن جورمان ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة.

(٣) نقض مدني ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣- استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١- ولكن قارن في عهد التقنين المدني السابق رأياً يذهب إلى أن البائع حسن النية لا يكون مشغولاً عن التعويض، أستاذاً إلى النص الفرنسي للمادة ٣٣٣/٢٦٥ وهو يشترط في التعويض سوء نية البائع (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨- دي هلتس ٤ لفظ vente فقرة ١٩- والتون ١ ص ٣٣٩- الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٨٦- فقرة ١٨٨).

في حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد - (culpa in contrahendo). كما يجوز القول هنا بتحول العقد، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض، على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيُبطّل (٢).

١٦٣- وللمشتري أن يجيز البيع - دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق: على أن المشتري قد لا يطلب إبطال البيع، بل يجيزه صراحة أو ضمناً (٣) (١)، فينقلب البيع صحيحاً، ويبقى منشأاً لالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري. ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنقل منه الملكية إلا برضائه. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول: «وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للمعين المبيعة، ولو أجاز المشتري العقد».

وأجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قدمنا. فيكون البائع ملتزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه (٤) وبضمان

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص ٤٥٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨.

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك، وإذا كان سيئ النية فمصدر المسؤولية هو اختلاسه للملك الغير (stellionat) (بلانبول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٩). ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك، ولكن مسؤولية البائع ليست مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أبطّل، ولا هي مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) (بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧. ويشير إلى رسالة روييه ليون سنة ١٩١١).

(٣) وتستخلص الإجازة الضمنية من تنفيذ المشتري للبيع مخفراً بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع، كأن يتسلم المبيع أو أن يدفع الثمن (بودري وسيتيا فقرة ١١٩ ص ١١٢).

(٤) بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ - وهناك خلاف في التزام البائع بتسليم المبيع، فقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن للبائع أن يدفع دعوى المشتري بالتسليم ولو كان البائع سيئ النية حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥). وهناك رأي آخر يذهب إلى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع، إذ يستطيع عندئذ أن يضمن في البيع بالغلط (كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩). انظر أيضاً فقرة ١٦١.

ولكن إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري، لم يستطيع أن يسترده منه ليسلمه إلى المالك الحقيقي، ذلك أنه يضمن تعرضه الشخصي (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ص ٤٤٧).

(١) بطلان عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحاً فيما بين العاقدين، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمناً.

الاستحقاق (١) والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع. ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات ويتسلم المبيع.

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه، فإن المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع (١)، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٢).

١٦٤- ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع: ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بإجازة المشتري فحسب، بل هو أيضاً ينقلب صحيحاً بإقرار المالك الحقيقي كما سنرى، وينقلب أخيراً صحيحاً إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني، إذ تقول: «وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد».

ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع - كأن ورث البائع المالك الحقيقي أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك - وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية لأن المشتري لم

= (جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ الطعن ٢٤٥ لسنة ٢٥٥ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠ الطعن ١٩٧٢ لسنة ٤٩ ق ص ٣٤٢ ص ١٠٢٢)

(جلسة ١٩٦٣/١/٤ الطعن ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق ص ١٤ ص ٢٩٨)

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع، أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشتري إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فعلاً وطالبه برد المبيع، أما دعوى الإبطال فيرفعها المشتري حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له. على أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ.

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق، فإن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي. ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكتملة لأحكام بيع ملك الغير. وتترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار، إذا استحق المبيع في يده، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق. ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالبه به لو اختار إبطال العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤).

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض على البائع حسن النية في دعوى الفسخ أن العقد إذا أجيّز ثم فسخ، انعدم مصدر التعويض على أساس الخطأ في تكوين العقد إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون، وعلى أساس التحول إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلاً أو قابلاً للإبطال وبقي كذلك. فلم يبق إلا أساس الخطأ، وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية.

(١) ولئن أجازت المادة ٤٦٦ من القانون المدني للمشتري في حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنحه من المطالبة بفسخ العقد على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية.

(جلسة ١٩٧٧/١/١١ مجموعة أحكام القضاة السنة ٢٨ ص ٢١١).

يتمسك بعد بابطال البيع^(١)، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه، وهو اعدام الملكية عند البائع، قد زال وأصبح البائع مالكا. ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري - بعد التسجيل في العقار - بمجرد أيلولتها للبائع^(٢). ومتى أصبح المشتري مالكا للمبيع، لم يعد هناك محل لإبطال البيع، لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن في غير حاجة لهذه الحماية. فيقلب البيع صحيحا^(٣)، وذلك بحكم

(١) وقد قدمنا أنه إذا رفع المشتري دعوى الإبطال قبل أيلولة ملكية المبيع إلى المشتري، وجب الحكم بإبطال البيع ولو أصبح المبيع مالكا للمشتري قبل صدور الحكم النهائي (بودري وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ١١٥ - بلانيول وريسير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٢١). وبينما أن هناك رأياً يذهب إلى أنه يكفي أن يطلب المشتري إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب، دون حاجة إلى رفع دعوى الإبطال، حتى يمتنع تصحيح العقد ولو ألت ملكية المبيع إلى البائع قبل رفع دعوى الإبطال (بلانيول وريسير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦). وقلنا أن هذا رأى يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدني). وذكرنا أن هناك رأياً آخر يذهب، على العكس من لرأى المتقدم، إلى أن البيع يصح بأيلولة ملكية المبيع إلى البائع، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال ما دام قد تم قبل صدور الحكم النهائي (جبار فقرة ١٨٩ - دي هلتس ٤ لفظ vente فقرة ١٤)، وأسسنا هذا على المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال. وانظر أيضاً الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١، ولكنهما فيما يتعلق بإقرار المالك الحقيقي للبيع يذهبان إلى أن البيع لا يصح إلا إذا صدر الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال (انظر فقرة ١٨١) - أنظر في كل ذلك ما قدمناه آنفاً فقرة ١٦١ في الهامش.

(٢) وينتقل المبيع إلى المشتري محملاً بالحقوق التي رتبها عليه المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية منه إلى البائع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٧٩).

(١) أ- من المقرر تطبيقاً لنص المادتين ٤٦٦، ٤٦٧ من القانون المدني أن بيع ملك الغير غير نافذ في حق المالك الحقيقي الذي لم يجره وأن بطلانه مقرر لمصلحة المشتري وحده فلا يكون لغيره أن يطلب إبطاله وطالما لم يطلب البطلان صاحب الحق فيه فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لآثاره بين طرفيه بل وينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد، ومن ثم فإن من مقتضى تمسك المشتري بقيام العقد في بيع ملك الغير أن يظل العقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية بين المتعاقدين ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض وهو التزام أبدي لا يسقط عنه فلا يقس من هذا البائع إذا ما تمسك المبيع بطريق الارث بعد ابرام العقد أن يطلب في مواجهة المشتري ثبوت هذه الملكية وتسليمه المبيع لما في ذلك من ساقطة وإخلال بالتزامه بالضمان.

(جلسة ١٩٨٨/٦/١٦ الطعن ١٩٢٠ لسنة ٥٥ق)

ب- مفاد نص المادة ١/٤٦٧ من القانون المدني أن بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا ألت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد.

(جلسة ١٩٨٨/٥/٨ الطعن ١١٧٣ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٥ الطعن ١٦١٨ لسنة ٥٠ق)

القانون لا يحكم الإجازة. ويكون البائع، بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري، ملتزماً بتسليمه إياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية. ويكون المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع^(١).

ثانياً: بالنسبة إلى المالك الحقيقي

١٦٥- إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع: وسواء أجاز المشتري البيع أو لم يجره، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع، فلا يسرى في حقه كما قدمنا^(٢) ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب صحيحاً. ويترب على ذلك أنه سلم البائع المبيع إلى المشتري، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض.

يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قدمنا،

(١) وقد قدمنا أن المشتري قد يكسب الملكية، لا عن طريق أيلولتها إلى البائع، بل عن طريق التقادم أو الحيازة في المنقول، فيصح البيع في هذه الحالة بعد زوال السبب الذي كان يدعو إلى إبطاله. وذكرنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد فقد لا يقره ضميره على ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش) - وقد يكون البائع قد سبق له التصرف فيما باعه ثم استرد ملكيته، فيصبح مالكا ويصح البيع. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري بأن البائع له، وإن كان قد سبق أن تصرف في القدر المبيع، إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذي كان تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازته من كان حصل له التصرف أولاً، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة منتجة لحكمها (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٧ ص ٤٠٣).

(١) أ- لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له إلا أن المالك الحقيقي يكفيه أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه أصلاً إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية ما زالت باقية للمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من ملكه لأن يده تكون غير مستندة إلى تصرف نافذ في مواجهته، كما له أن يطلب ريع ملكه من هذا المشتري عن المدة التي وضع يده فيها عليه.

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٤ الطعن ١٣٥١ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ الطعن ٢٠٣١ لسنة ٥٠ق ص ٣٥ ص ١٥٣٩)

ب- النص في المادة ٣٦٦ والفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ من القانون المدني يدل على أن بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري، وإجازة المشتري للعقد تزيل قابيته للإبطال وتجعله صالحاً فيما بين العاقدين، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمناً، فإذا لم يقره كان التصرف غير نافذ في حقه مما مفاده أن بطلان التصرف أو عدم نفاذه هو أمر غير متعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة صاحب الشأن فيه ولا يجوز لغيره أن يتمسك به.

(جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ الطعن ٢٤٥ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ مجموعة أحكام القضاء السنة ٣٠ ص ٩٨١).

فيسترده من تحت يده. بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سعى النية. أما إذا كان حسن النية، فلا يرجع عليه بتعويض، بل لا يرجع عليه بالثمار فإن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة. ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال على النحو الذي بسطناه فيما تقدم. على أن المشتري قد يملك المبيع، لا بعقد البيع، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية. فهو إذا كان حسن النية، يكسب المنقول بالعقار بالحيازة، ويكسب العقار بالتقادم القصير. وإذا كان سعى النية، يكسب كلا من المنقول والعقار بالتقادم الطويل. فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم، لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه (١).

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض. يرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم كما قدمنا، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقد المبيع. وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشتري ملكية المبيع، ولكن ملك الثمار هو حسن النية بموجب الحيازة، فيتقاضى المالك الحقيقي من البائع قيمة هذه الثمار (٢). ويرجع عليه بالتعويض أخيراً حتى لو لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار، يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده. ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع، فقد تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي ببيعه شيئاً مملوكاً لهذا الأخير، لا سيما إذا كان البائع سعى النية فإنه يكون في هذه الحالة مغتصباً. ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية، فإن حسن النية لا ينفي أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع ما لا يملكه (٣). لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ، كأن وجد المبيع مثلاً في تركه مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض.

١٦٦- إذا أقر المالك الحقيقي البيع: وقد يقر المالك الحقيقي البيع بالرغم من أنه أجنبي عنه، وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قدمنا، وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري (١)، إذ زال العائق الذي كان يحول دون نقل

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٢٥ - وانظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش وفترة ١٦٤ في الهامش.

(٢) استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٣٨.

(٣) فيكون البائع بالرغم من حسن نيته معرضاً لدعوى تعويض يرفعها عليه البائع، ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشتري كما سبق القول. ودعوى التعويض التي يرجع بها المالك الحقيقي على البائع لا يبدأ مريان التقادم بالنسبة إليها من وقت وضع البائع يده على المبيع، بل من وقت البيع الذي صدر منه للمشتري فهو سبب التعويض. وتقدر قيمة الشيء وقت وجوب رده للمالك الحقيقي لا وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤٣ ص ١٥٣).

(١) أ- بيع ملك الغير تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري، ويجوز للمالك الحقيقي إقرار هذا البيع صراحة أو ضمناً

(جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥ الطعن ٢٤٥ لسنة ٥٥ ق)

الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع. ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار في بيع عقار الغير. ومتى انتقلت الملكية إلى المشتري، فقد زال السبب الذي من أجله جعل المشرع البيع قابلاً للإبطال، فينقلب صحيحاً بإقرار المالك الحقيقي (ratification) كما رأينا. ينقلب صحيحاً بإجازة المشتري (confirmation). بل إن الإقرار أبعد أثراً من الإجازة، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري (١). وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدني، إذ تقول: «إذا أقر المالك السبع، سرى العقد في حقه، وانقلب صحيحاً في حق المشتري» (٢).

وينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري من وقت صدوره، أي أن لإقرار المالك الحقيقي كما لإجازة المشتري في هذا الشأن أثرًا رجعيًا. ويسرى العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير. وترتب على ذلك أنه إذا كان المالك الحقيقي قد رتب حقاً عينياً على

ب- إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلًا عن باقي الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم في حصصهم في المبيع فأنهم متى أقروا البيع فإن العقد يسرى في حقهم عملاً بالمادة ٤٦٧ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ الطعن ٢٦٠ لسنة ٣٤ ق م ١٨ ص ١٩٣٢)

ج- إن توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمكن تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع، وخصوصاً إذا كان قد ورد في هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته، وكان هو لم يعارض في دعوى صحة التعاقد التي أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشتري المبيع، واذن فمن الخطأ ألا يعتبر الحكم مثل هذا التوقيع إقراراً للبيع بمقولة إن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقي في حدود المادة ٢٦٤ مدني (قديم) والتي بمقتضاها يصبح العقد يجب أن تصدر من المالك في صيغة إجازة صريحة.

(جلسة ١٩٥٠/٤/٢٠ طعن ١٨ لسنة ١٨ ق)

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣.

(٢) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره ببيع ملكه هو باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع يعتبر إقراراً للبيع، وليس من الضروري أن يرد الإقرار في صيغة إقرار صريح (نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١١ ص ٤٣٣ - أنظر أيضاً نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص ١٠٦). ولا يكون إقرار المالك الحقيقي للبيع إقراراً ضمناً بمجرد قبضه للثمن، بل لا بد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢)، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والموكل محجور عليه أثناء تنفيذ الحكم، فإذا باعه كان البيع بيع ملك الغير، ويقبل إقرار المسجون بعد تنفيذه مدة العقوبة وفك الحصر عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٦).

لبيع قبل إقراره للبيع، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق، وجاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي^(١).

وإذا ما انقلب العقد صحيحاً باقرار المالك الحقيقي، بقي مرتباً بالالتزامات. فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً باقرار المالك. ويكون ملتزماً كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عيباً على البيع قبل إقراره للبيع، وملتزماً بضمان العيوب الخفية. أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع^(٢).

٢- بيع المال الشائع

١٦٧- صور مختلفة: إذا ملك الثان أو أكثر مالا بحصص معينة من غير أن تفرز حصة كل منهم، فالمال مشاع، وهم شركاء في الشيوع (م ٨٢٥ مدني). ويملك كل شريك في الشيوع حصته الشائعة ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة. ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً متعددة، نقف عند ثلاث منها:

١- فتارة يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة، فيبيعها مثلاً من شخص آخر، شريك أو غير شريك. وهذه الصورة لا تثير إشكالا، وهي الصورة الغالبة في التصرف في

(١) بودري وسينها فقرة ١٢٥ - بلانيول وريسير وهامل ١٠ فقرة ٥٥ ص ٥٤ هامش ٥ وص ٥٥ - يبدان ١١ فقرة ١٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٨ - الأستاذ سليحان مرقس فقرة ٢٧٣.

(٢) ويقول الأستاذ سليمان مرقس: إن إقرار المالك يعد اعتماداً منه لما قام به البائع، فيترب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ما التزم به البائع، أي أنه يحل في عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع، وتقوم العلاقة بينه وبين المشتري مباشرة. فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسلم المبيع، ويجوز للمشتري أن يطالب المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء. ويترب على إقرار المالك أيضاً أن تبرأ ذمة البائع من الالتزامات التي أنشأها عقد البيع، لأن هذه الالتزامات تنتقل كما تقدم إلى ذمة المالك. غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن، عليه أن يؤدي عنه إلى المالك حساباً، وأن يدفع إليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيله عنه في عقد البيع (الأستاذ سليحان مرقس فقرة ٢٧٣ - وانظر أيضاً الأستاذ جميل الشراوي فقرة ٤٠ ص ٩٧). ومقتضى هذا الرأي أن إقرار المالك للبيع في حكم النائب عنه، فيصرف أثر العقد إلى المالك بعد أن كان منصرفاً إلى البائع، وذلك بأثر رجعي من وقت البيع - لا من وقت الإقرار إلا في حقوق الغير - ويصح القول بها إن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (دي باج ٤ فقرة ٣٢ ص ٦٩ - الأستاذ عبد المعصم البدراني فقرة ٤٠١ ص ٥٨٦). أو يقال إن المشتري، في حالة إقرار المالك، يكون له مدينان بالتضام (in solidum)، البائع والمالك، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضام للمشتري (قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٤٦).

المال المشاع^(١). ونرجع الكلام في تفصيلاتها، فمكانه الملكية الشائعة. ويلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبي بطريق الممارسة، كان لشركائه في هذا المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المباعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به (م ٨٣٣ مدني). أما في العقار فللشركاء الأخذ بالشفعة، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن.

٢- وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع (١) أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه. وتبحث هذه الصورة هنا في إيجاز، مرجئين التفصيل إلى حين الكلام في الملكية الشائعة في الجزء الحاصل بحق الملكية.

٣- وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع عن طريق بيع التصفية (licitation) لعدم إمكان قسمة المال عيناً، وتبحث هذه الصورة أيضاً في إيجاز.

١- بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع

١٦٨- بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع: إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك. ما يملك هو

(١) ويحلف المشتري البائع في حصته الشائعة، وتصبح له جميع الحقوق التي للبائع، ويدخل في ذلك الحق في طلب القسمة وما يترتب على الأثر الكاشف (بودري وسينها فقرة ١٢١ ص ١١٧).

(٢) أ- إذا كان البيع منصفاً على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقاً على اجراء القسمة بين الشركاء، فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني - حتى ولو حل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكاً في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء فإنها تكون حجة عليهم ولو لم يكن طرفاً فيها ويترب عليه في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه، فإذا وقع القدر المباع المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة.

(جلسة ١٩٨١/١/٢٠ الطعن ١٤٠٩ لسنة ٤٩ مجموعة أحكام القضاة السنة ٣٢ ص ٢٣٥)
ب- مؤدى نص المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ في شأن تنظيم الشهر العقاري أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المتقاسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة.

(جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ مجموعة أحكام القضاة السنة ٣١ ص ٤٧٦)

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن ٣٦١ لسنة ٢٢ ق ٧ ص ٧٦٠)

حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء. ويجب لبيان الحكم في هذا القرض أن نميز بين حالتين: فاما أن يكون المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد يحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفرزة التي باعها.

ففي الحالة الأولى يكون المفروض أن المشتري قد اشترى من البائع الجزء المفرز أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة. فان وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب البائع فقد خلت المشتري، وإن لم يقع تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع (١) (١). وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦، إذ تقول: «وإذا كان التصرف منصفاً على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة». ومن ثم لا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير (٢). بل يجب أن يتربص حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع، فان وقع فقد أصبح مالكا له خلفاً عن

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢١ (بيع بالمراد الجبري).

(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص ٤٧١ - ص ٤٧٢ - وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك. هذا إلى أن المشتري، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المفرز الذي يبيعه، يكون قد ارتضى شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة.

(١) من المقرر أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءاً مفزراً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني على أنه «إذا كان التصرف منصفاً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة» ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة، فان وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلص للطاعن. وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز المبيع إلى الجزء المفرز الذي يؤول إلى المطعون عليه بطريق القسمة، ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفزراً أو شائعاً وأن يبيع ابنه بدوره إلى الطاعن مثل ذلك، ويكون المعنى على الحكم المطعون فيه بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ الطعن ٩١٠ لسنة ٤٥ ق مجموعة النقض السنة ٣٠ ص ٨٨٨).

البائع، ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، وإلا فقد ملك الجزء المفرز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع بفضل الحلول العيني الذي نصت عليه المادة ٨٢٦ مدني (١) (١).

وفي الحالة الثانية، إذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك إلا في الشيوع، فقد وقع في غلط جوهري متعلق بالعين المبيعة، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك. فيكون البيع في حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهري، وفي حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال في كل المبيع. ويجوز إذن للمشتري، قبل القسمة، طلب إبطال البيع، لا في حصص الشركاء الآخرين فحسب، بل أيضاً في حصة الشريك البائع. وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدني، إذ تقول: «وللمتصرف إليه، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ - وانظر في عهد التقنين المدني السابق: استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ - استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٤ (البيع صحيح إذا أقره باقي الشركاء) - ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ - وانظر عكس ذلك في أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً: استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩.

وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع، وإن كان مالكا على الشيوع، أن يبيع ملكه محدداً مفزراً. وحالة التحديد هذه، وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع، إلا أن ذلك كله لا يطل عقد البيع (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ٢٧ ص ١٣٨).

(١) الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقاً عينياً على العقار على أساس أنه ما زال مملوكاً على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند الملكية، وأما من تلقى من أحد الشركاء حقاً مفزراً فإنه لا يعتبر غيراً ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حقه المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بوجه القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءاً مفزراً من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليه في شأن المتقاسمين من انتهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزءاً مفزراً لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذي اختص به البائع بموجب تلك القسمة.

(جلسة ١٩٩٤/٤/٢٢ الطعن ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق س ١٥ ص ٥٠٣).

فيها مفرزة، الحق في إبطال التصرف^(١). ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن يطلب المشتري إبطال البيع، فوقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة، فخلصت ملكيته للمشتري، وانقلب البيع صحيحاً، فلم يعد للمشتري الحق في طلب إبطال البيع. وإذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً بصيرورة البائع مالكا للمبيع بعد البيع، فأولى أن ينقلب البيع في الحالة التي نحن بصددتها صحيحاً وقد اعتبر البائع مالكا للمبيع وقت البيع. أما إذا لم يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع، فإن المشتري يستبقى حقه في طلب إبطال البيع، ولا يجبر على أخذ الجزء المفروز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع، لأن الحلول العيني وفقاً للمادة ٨٢٦ مدني لا يكون إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفروز إلا حصة في الشيوع^(٢).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدني السابق بأن الشراح والمحاكم اختلفوا رأياً في حكم المبيع المفروز من مالك على الشيوع، وترى المحكمة الأخذ بالرأي القائل بإعلان البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشيوع. ذلك لأن المفروض فيمن يشتري عيناً محددة أن ينتفع بها فوراً بغير منازع، فجعل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية على أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة، وليس من العدل تحميل المشتري بها (١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١).

ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدني المصري. ومن ثم لا يميز القضاء الفرنسي بين المشتري الذي يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشتري الذي يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك، ففي الحالتين يكون بيع الجزء المفروز قابلاً للإبطال، لا موقوفاً على شرط هو نتيجة القسمة، إذ لا يجوز الخلط بين الأثر الكاشف للقسمة والأثر الرجعي للشرط. ويستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع قبل القسمة، ولا يستطيع البائع ذلك، وفقاً لأحكام بيع ملك الغير. وكذلك يستطيع الشريك في الشيوع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه. فإذا رفع المشتري دعوى الإبطال، جاز له أن يطلب إبطال البيع في كل المبيع إذا أثبت أنه لم يكن ليشتري حصة البائع وحده، وذلك كما في الاستحقاق الجزئي (بيدان ١١ فقرة ١١٠ - فقرة ١١١). وانظر أيضاً في القانون الفرنسي بودري وسينيا فقرة ١٢١ (ويذهبان إلى أن البيع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة في الحالتين) - بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥١ - أنسيكلوبيدي داللو *vente* فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٦.

(٢) وللمشتري بطبيعة الحال أن يحيز البيع، فيأخذ الجزء المفروز الذي وقع في نصيب البائع بدلاً من الجزء المفروز المبيع. وليس هذا تحولاً لعقد باطل، بل هو إجازة لعقد قابل للإبطال (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧).

وهذا كله مفروض فيه أن المبيع جزء مفروز. أما إذا باع الشريك جزءاً شائعاً مجاوراً فيه نصيبه في الشيوع، فالبيع غير نافذ منذ البداية فيما حاز نصيبه. وقد قضت محكمة النقض بأن للقول بأن الشريك الذي يملك مشاعاً القدر الذي باعه مفزراً لا يقبل منه ولا من شركائه الادعاء بعدم نفاذ البيع في حصصهم ما دامت القسمة لم تقع ولم يقع البيع في نصيبهم - هذا القول محل أن =

١٦٩- بيع الشريك كل المال الشائع: وإذا باع الشريك كل المال الشائع، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للخلط الجوهرى، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع للملك الغير^(١).

فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع. فإن وقع جزء مفروز من المال المبيع في نصيب البائع عند القسمة، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن، وإما في فسخ البيع لتفرق الصفقة. وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع، كأن حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشتري حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة^(١).

١٧٠- أثر البيع في حقوق باقي الشركاء: سواء وقع البيع على جزء مفروز من المال الشائع أو على كل المال الشائع، فإن الشركاء الآخرين - غير الشريك البائع - يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفروز أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع. وينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة، فيحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة، ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء. فليس لشريك من هؤلاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشائعة، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها. وإنما يستحق الشريك الجزء المفروز أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة، بفضل الأثر الكاشف

= يكون المبيع جزءاً مفزراً معيناً من الأموال الشائعة أما إذا كان المبيع غير مفزراً، وتجاوز البائع مقدار نصيبه الشائع، فلا يقبل هذا القول (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام القضاء رقم ٢٧ ص ٩٢). وانظر في حالة ما إذا كان الجزء المبيع المفروز أقل أو أكثر من قيمة الحصة الشائعة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩).

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٥.

(١) لا يجوز الحكم للمشتري بصحة ونفاذ البيع عن قدر مفزراً إذا كان المبيع شائعاً ما لم يثبت حصول قسمة نافذة ووقوع القدر المبيع في نصيب البائع له بمقتضى هذه القسمة ذلك أن البائع له لم يكن يملك وضع يده مفزراً على حصته قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلفه ولأن القضاء بالتسليم في هذه الحالة يترتب على إفراز جزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ الطعن ٤٩٤ لسنة ٢٩ ق ١٦ ص ١١٧٢).

لها^(١) وعلى العكس من ذلك يحصل للمشتري الجزء المقرز أو المال الشائع إذا وقع

(١) وقد قصت محكمة القضاة في عهد التقنين المدني السابق بأنه إن اختلف الفقهاء والقضاة في حكم بيع الشريك جزءاً مقرزاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلاً في حصة شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء، فإنما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم العقد بين عاقيه. فمن ذهب إلى اعتباره باطلاً جعل للمشتري حق إبطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشتري سبيلاً على البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بآئمه بالقسمة. أما في تقرير حكم العقد في علاقة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المدعى شريكاً في المال المشاع أم متلقياً ملكه عن شريك فيه على المشاع - فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري. وإذا فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه، خليفاً بأن نحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩). وقضت أيضاً بأن لشريك في الشيوع في التركة أن يبيع حصته محددة، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز (نقض مدني ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١). وقضت كذلك بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع، وإن كان مالكا على الشيوع، أن يبيع ملكه محدداً مقرزاً، وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشيوع، إلا أن هذا كله لا يطل عقد البيع. وتسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه، ويصبح شريكاً لباقي الشركاء تحب مخاصمته في دعوى القسمة إن لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده. وعلى ذلك فإنه ليس للمستحق - سواء أكان شريكاً على الشيوع أم متلقياً ملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري. وهذا الذي استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي في المادة ٦٢٨ منه (نقض مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٧ ص ٧٦٠). وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨١ - استئناف أسبوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٣ - ولكن قارن استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩٤).

(١) أنه لئن كان بيع الشريك المشتاع لقدر مقرز من نصيبه لا ينفذ في حق باقي الشركاء بل يظل معلقاً على نتيجة القسمة إلا أنه يعتبر صحيحاً وإنفاذاً في حق الشريك البائع منتجاً لآثاره القانونية على نفس المحل المقرز المتصرف فيه قبل القسمة، أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات المحل رهين بوقوعه في نصيب الشريك البائع فإن وقع في غير نصيبه ورد التصرف على الجزء الذي يقع في نصيبه نتيجة القسمة، وبسبب ذلك أنه إذا سجل المشتري لقدر مقرز عن الشريك المشتاع بعد شرائه انتقلت إليه ملكية هذا القدر المقرز في مواجهة البائع له في فترة ما قبل القسمة بحيث يحتج على البائع التصرف في هذا القدر إلى الغير، فإن تصرف فيه كان بائناً للملك الغير فلا يسرى على هذا البيع في حق المالك الحقيقي وهو المشتري الأول الذي انتقلت إليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٤٠٢).

في نصيب البائع عند القسمة، أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة^(١).

ب- بيع التصفية

(licitation)

١٧١ - متى يكون بيع التصفية: إذا كان هناك شركاء على الشيوع في مال شائع، وأراد أحد الشركاء القسمة، ولم تمكن قسمة المال عيناً، يبيع المال ليقتسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشيوع، ومن أجل هذا سمي هذا البيع بيع التصفية. وقد يشتري المال الشائع أجنبي فيدفع كل الثمن، وقد يشتريه أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استئصال نصيبه فيه بقدره حصته. ونرى من ذلك أن بيع التصفية لا يكون إلا إذا توافر شرطان:

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق في الشيوع، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع، فإذا ملك الشئ الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة منتفعين على الشيوع، جاز بيع التصفية^(٢). ولا عبرة بسبب الشيوع، فقد يكون الميراث كما هو الغالب، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص داراً على الشيوع فيما بينهم أو كان الشيوع سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية. ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع. أما إذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع، فهذان لا يجوز بينهما القسمة

(١) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص ٨٦٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ - وإذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده المبيع دون شريك، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سبباً صحيحاً، فإذا حاز المبيع خمس سنوات ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بخصم الشركاء الآخرين، ولم يعد لهؤلاء الحق في استرداد حصصهم من تحت يده (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش رقم ١ - الأستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨ ص ٤٧٣).

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال المبيع بعد أن أصبح مملوكاً لهم وللمشتري على الشيوع (استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٤١ رقم ٣١ ص ٤٦). ولهم أن يطالبوه بالقسمة، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم بما يقع في نصيبه (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣).

(٢) ويصح أن يكون الشئ المملوك على الشيوع حقاً شخصياً، كحق المستأجر وحق المدعو له بالبيع، فإذا تعدد أصحاب هذه الحقوق وكانوا في الشيوع، أو تركوا ورثة متعددين، جاز بيع الحق الشخصي بيع تصفية. كما يجوز بيع الديون التي للتركة بيع تصفية، ويقع ذلك غالباً إذا كانت هذه الديون مشكوكاً في صحتها أو مشكوكاً في ملاءة مدينيتها (بودري وسينيا فقرة ٧٣٢ ص ٧٦٦ - ص ٧٦٧).

ولا بيع التصفية، لأن الرقبة غير حق الانتفاع. فإذا وجد ملاك شائعون للرقبة، وكان حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة في يد أحد ملاك الرقبة أو في يد أجنبي، جاز بيع التصفية في الرقبة لأنها شائعة، ولا يجوز في حق الانتفاع لأنه غير شائع^(١). وكذلك إذا كانت الرقبة في يد مالك واحد، وكان حق الانتفاع لعدة متفعين على الشيوع، جاز بيع التصفية في حق الانتفاع دون الرقبة. أما إذا كانت الرقبة مملوكة لملاك متعددين في الشيوع، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمتفعين متعددين في الشيوع، جاز بيع التصفية في الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع، وبيع التصفية في حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة، فلا يتلزم الحقان في بيع التصفية.

(الشرط الثاني) أن يكون المال الشائع لا تمكن قسمته عيناً بغير ضرر. وتنص المادة ٨٤١ مدني في هذا الصدد على أنه «إذا لم تمكن القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالطريق المبينة في قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع». وتنص المادة ٤٦٤ من تقنين المرافعات على أن «العقار المملوك على الشيوع، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر، يجرى بيعه بطريق المزايدة...». فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر، لم يكن هناك محل لبيع التصفية، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع. أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً لأن طبيعته تستعصى على هذه القسمة كالسيارة والفرس، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذ تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالمصنع والمبنى، جاز الالتجاء إلى بيع التصفية^(٢).

١٧٢- إجراءات بيع التصفية: إذا اتفق الشركاء جميعاً، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية، على إجراء بيع التصفية بالممارسة أو بالمزاد بطريقة يرسمون إجراءاتها، جاز ذلك ووجب اتباع ما اتفقوا عليه. وتقول المادة ٨٣٥ مدني في هذا الصدد «لشركاء، إذا

(١) فيبقى حق الانتفاع قائماً على العين كلها إذا بيعت بيع تصفية، أو قائماً على الأجزاء المفرزة إذا حصلت القسمة عيناً. وهناك رأي يذهب إلى جواز بيع العين كلها - رقبة ومنفعة - بيع تصفية، ويكون للمتفع حق انتفاع على الثمن. ولكن هذا الرأي غير سليم، لأن المتفع لا يجبر على التحول من الانتفاع بالعين إلى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك محل لقسمة هذا الحق ولا لبيع التصفية فيه (ديمولومب ١٥ فقرة ٤٩٠، جيوار ٢ فقرة ٧٣١ - لوبرى ورو ٢ فقرة ٢٦٦ - بودرى وسينيا فقرة ٧٢٨ ص ٧٦١).

(٢) فمن قبيل بيع التصفية ما جاء في المادة ٩٠٦ مدني من أنه «إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به. وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته، ويستنزل من نصيب الوارث في التركة. فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل».

اتعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون».

أما إذا لم يتفق الشركاء جميعاً على طريقة معينة، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية، فإنه لا يمكن إجراء بيع التصفية إلا طبقاً للإجراءات المقررة في تقنين المرافعات. وقد رأينا أن المادة ٤٦٤ من تقنين المرافعات تنص على أن «العقار المملوك على الشيوع، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء»^(١).

ويخلص مما قدمناه أنه إذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، جاز لهم أن يتفقوا جميعاً على أن تقتصر المزايدة على الشركاء، فلا يدخل أجنبي في المزاد، ويوسو المال على الشريك الذي يقدم أكبر عطاء^(٢).

١٧٣- الآثار التي تترتب على بيع التصفية: تختلف هذه الآثار اختلافاً جوهرياً بحسب ما إذا كان مشتري المال الشائع أو من رسا عليه المزاد فيه هو أحد الشركاء، أو كان أجنبياً. ففي الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضه، وقد وقع المال الشائع كله في نصيب الشريك الذي اشتراه. فإن زادت حصته في جميع الأموال الشائعة على الثمن الذي اشتري به، أخذ الباقي من أموال أخرى شائعة بعد قسمتها، أو من طريق معدل (soulte) للقسمة. وإن زاد الثمن على حصة الشريك، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلاً للقسمة. أما في الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفية بيعاً عادياً صادراً من جميع الشركاء للمشتري، وتجري أحكام البيع في العلاقة ما بينهم وبين المشتري^(٣).

وما يترتب على هذا الاختلاف في الحكم ما يأتي: (١) يتقاضى على التسجيل رسم

(١) وتنص المادة ٤٦٥ مرافعات على أن «تتضمن قائمة شروط البيع فضلاً عن البيانات المذكورة في المادة ٤٦٠ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم، كما يرفق بها فضلاً عن الأوراق المذكورة في المادة ٤٦١ صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع». وتنص المادة ٤٦٦ مرافعات على أن «يخير قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع الدائنين المذكورين في المادة ٤٦٢ وجميع الشركاء». وتنص المادة ٤٦٢ مرافعات على أن «لكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطالان والملاحظات على شروط البيع، بطريق الاعتراض على القائمة». وتنص المادة ٤٦٨ مرافعات على أن «تطبق على بيع العقار لعدم إمكان قسمته وعلى بيعه اختياراً الأحكام المقررة لبيع عقار المفسد وعديم الأهلية والغائب، فيما عدا إخبار النياية العامة بإيداع قائمة شروط البيع». والأحكام المشار إليها في النص تقضى بأن تكون إجراءات البيع هي نفس إجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين (م ٤٦٣ مرافعات).

(٢) وتقضى المادة ١٦٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأن الأصل ألا يدخل في المزايدة غير الشركاء، فلا يدخل أجنبي، ما لم يطلب ذلك أحد الشركاء أو ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية (أنظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٤).

(٣) أما في اقتسام الثمن ما بين الشركاء، فتجرى أحكام القسمة. وأنظر في حقوق الغير المكسوبة على المال الشائع بالنسبة إلى هذا الثمن بودرى وسينيا فقرة ٧٤٧.

البيع، ويكون ضرورياً لنقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين، إذا كان المشتري أجنبياً. ويتقاضى عليه رسم القسمة، ولا يكون ضرورياً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير، إذا كان المشتري أحد الشركاء. (٢) التصرفات التي صدرت من الشركاء في المال الشائع تبقى إذا كان المشتري أجنبياً، وتزول إذا كان المشتري أحد الشركاء وذلك فيما عدا التصرفات التي صدرت من هذا الشريك. (٣) الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع إذا كان المشتري أجنبياً، وبامتياز المتقاسم إذا كان المشتري أحد الشركاء (٤) تسري أحكام الغبن في البيع أو في القسمة، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء. (٥) تسري أحكام ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الحفية في البيع أو في القسمة، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء (١).

٣- بيع المريض مرض الموت

١٧٤- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٧٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

«١- إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة، داخلاً فيها المبيع ذاته».

«٢- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين».

«٣- ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦».

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتي:

«لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المباعة» (٢).

(١) أنظر في فروق أخرى ترتب على هذا الاختلاف في الحكم بودري وسينيا فقرة ٧٤٣ - فقرة ٧٤٦.
(٢) تاريخ النصوص:

م ٤٧٧: ورد هذا النص في المادتين ٦٤٣ و ٦٤٤ من المشروع التمهيدي على وجه يميز بين التصرف لوارث ولغير وارث، حيث كانت الوصية للوارث غير جائزة في ذلك الوقت، ثم أجيئت بعد ذلك. وفي لجنة المراجعات عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث، وصار - مع عبارة أضافتها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمه ٥٠٤ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة الشيوخ أضيفت عبارة «فيما يجاوز الثلث» حتى لا تقوم شبهة في أن بيع المريض إذا جاوز ثلث التركة لا يسرى في كل المبيع مع أن الواجب ألا يقف سريانه إلا بالنسبة إلى الزيادة فقط. ولوحظ في هذه اللجنة أن المشرع لم يصع لمصر الموت تعريفاً وصواباً، فرد على ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٤ - ٢٥٦ مكررة / ٣٢٠ - ٣٢٣ (١).

سومرده ظهور حق آخر ورثة عند قرب أفول حياة المريض وليس انعدام رصائه. ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٤٧٧. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٦ - ص ٢١٩).

م ٤٧٨: ورد هذا النص في المادة ٦٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، ولكن بغير اشتراط العوض في الكسب بحسب نية. واشترط العوض في لجنة المراجعة، وأصبح النص رقمه ٥٠٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ و ص ٢٢١ - ص ٢٢٢).

(١) التقنين المدني السابق: م ٣٢٠/٢٥٤: لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو في حالة مرض الموت لأحد ورثته، إلا إذا أجازته باقي الورثة. م ٣٢١/٢٥٥: يجوز الطعن في البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع. م ٣٢٢/٢٥٦: فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع، ألزم المشتري، بناء على طلب الورثة، إما بفسخ البيع، أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثي مال المتوفى وقت البيع، وللمشتري المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين. م ٢٥٦ مكررة أهلي: أحكام المادتين السابقتين لا تضر في جميع الأحوال بحقوق أرباب الرهن على المبيع، ولا بحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بعوض متى كانوا حسن النية.

م ٣٢٣ مختلط: أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية إلا في حق البائع الذي يحكم في أهليته الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية. وفي جميع الأحوال لا تضر أحكام المادتين المذكورتين بحقوق أرباب الرهن على المبيع، ولا بحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بعوض متى كانوا حسن النية.

(ويلاحظ على نصوص التقنين المدني السابق ما يأتي: (١) أنها كانت تميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث، إذ كانت الوصية لوارث وقت ذلك لا تجوز. أما التقنين الجديد، فلا محل فيه لهذا التمييز منذ أصبحت الوصية لوارث جائزة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢١) - (٢) أنها تصرح بعدم سريانها على أجنبي حيث يجب تطبيق قانون أحواله الشخصية، وذلك لأن أحكام المريض مأخوذة من الشريعة الإسلامية وتتعلق بانتقال أموال المورث إلى الوارث وحقوق الوارث على هذه الأموال في مرض الموت، فإذا كان هناك أجنبي لا تسري في شأن ميراثه الشريعة الإسلامية وجب ألا تسري أيضاً هذه النصوص في شأنه: قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - وقد يؤخذ مما جاء فيها أن أحكام البيع في مرض الموت تسري على الجميع مصريين أو أجنبين. ولكن الظاهر أن المذكرة الإيضاحية أرادت القول بأن هذه الأحكام تسري على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين، بدليل إشارتها إلى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدي التي أصبحت المادة ٩١٥ من التقنين الجديد والتي جاء فيها: تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدي: «تسري الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقييدات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع». ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين». أما الأجانب فإن وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضوع لقانون الموصي (م ١٧ مدني). أنظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٣. الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ٢٦٤ ص ٥٠١ ص ٥٠٢ الأستاذ

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٦ - ٤٦٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/١١٠٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل (١).
ونبين: (أ) ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض (ب) أحكام البيع في مرض الموت.

عبد النعم البدرأوى فقرة ٤٢٤ - (٣) وردت أخطاء مادية وقانونية في هذه النصوص صححها القضاء في عهد التقنين المدني السابق. وهذه الأخطاء هي: أولاً - خطأ مادي عندما عرضت المادة ٢٥٦ مكررة/٣٢٣ لأحكام النصوص السابقة عليها لتقيد من أثرها، فاقنصرت على ذكر المادتين السابقتين، وكان الواجب أن تقول المواد الثلاث السابقة. ثانياً - ذكرت النصوص قيمة المبيع، والصحيح شرعاً المقدار المباح به فقط. ثالثاً - ذكرت النصوص أنه ينظر في تقدير التركة إلى وقت البيع، والصحيح شرعاً أن ينظر في تقديرها إلى وقت الموت لا إلى وقت البيع، وإن كان الوقتان في كثير من الأحوال يتقاربان. أنظر في التوفيق ما بين أحكام الفقه الإسلامي وأحكام التقنين المدني السابق مذكراتنا في البيع فقرة ١١٥. وأنظر في بيع المريض في عهد التقنين السابق: الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٦ - فقرة ٢١٧ وفقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٢ - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٢٠ - استئناف أسبوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٨٤ ص ٢٠٠ - استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ اجماعة ١١ رقم ٢/٤٣٠ ص ٨٢٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣١ اجماعة ١٢ رقم ٢٦٣ - ص ٥٣١).

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٤٥ - ٤٤٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التقنين المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٦ - فقرة ٣٠٣، وبوجه خاص فقرة ٢٩٩ حيث يذكر أنه صدر في سوريا بعد التقنين المدني قانون الأحوال الشخصية وجاءت المادة ٢٣٨ منه تمنع الوصية لوارث، فوجب أن يراعى ذلك في أحكام بيع المريض مرض الموت).

التقنين المدني الليبي م ٤٦٦ - ٤٦٧ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ١/١١٠٩. كل تصرف نافل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية (أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤١٤).
تقنين الموجبات والعقود اللبناني: لا يوجد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني نصوص مقابلة لنصوص التقنين المدني المصري. وقد ورد فيه - على غرار التقنين المدني الفرنسي - نص (هو المادة ٥١٦) يحرم على الطبيب قبول هبة من مريض في مرض الموت ليس من أقرباء الطبيب. وقد قضت المادة ٩٠٩ من التقنين المدني الفرنسي بطلان التصرفات الحاصلة في مرض الموت للأطباء والصيادلة ورجال الدين.

أ- ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض

١٧٥ - ما هو مرض الموت: يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامي مفسراً بقضاء المحاكم. وقد جاء في الفتاوى الهندية: «المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح، كذا في خزانة المفتين. حد مرض الموت تكلموا فيه، واختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، كذا في المضمرة (١). وجاء في ابن عابدين: «في الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح اهـ. وفي الإسماعيلية من به مرض يشتكى منه وفي كثير من الأوقات. يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضاً مرض المرض (٢). ونصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للفقه الحنفى - على ما يأتي: «مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الأنثى، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن. وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه وتغير حاله. ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، بعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (٣)».

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت (١): (١) أن يقعد

(١) الفتاوى الهندية ص ١٧٦.

(٢) ابن عابدين ص ٧٠٧ - ص ٧٠٨.

(٣) وهذه هي نصوص مرشد المحيرين في البيع في مرض الموت: م ٣٥٨ - بيع المريض في مرض موته لوارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بشمن المثل فإن أجازوه جاز، وإن لم يجيزوه بطل - م ٣٥٩ - يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بشمن المثل أو بشمن يسير، ولا يعد الثمن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين - م ٣٦٠ - إذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بشمن فاحش نقصاً في الثمن، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين، بأن كان الثلث يفي بها لزم البيع، وإن كان الثلث لا يفي بها بأن زادت عليه يخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع.

(١) أ- حالة مرض الموت مشروط شرعاً بأن يكون المرض مما يعلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن المورث كان مريضاً مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأن قد عن مزاوله أعمال خارج المنزل في الشهور الستة السابقة لوفاة بسبب سقوطه من فوق دابته دون بيان لنوع المرض الذي انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه فإن ذلك الحكم يكون قاصراً قصوراً يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت (جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن ٤٤٩ لسنة ٢٩ ق م ١٥ ص ٦٢٦).

ب- لا يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يكون المرض قد أثر تأثيراً ظاهراً في حالة المريض - -

المرض المريض عن قضاء مصالحه. (٢) وأن يغلب فيه الموت. (٣) وأن ينتهي بالموت فعلاً. فهذه العلامات محتمة - وكلها أمور موضوعية - من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت. ولما كان الفقه الإسلامي يقف عند الضوابط الموضوعية، ويستدل بها على الأمور الذاتية، فإنه يكتفى بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة، ويفترض أنه إنما يوصي، فيجعل لتصرفه حكم الوصية. ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما بضمرة، فهذا بحث عسير إن لم يكن متعذراً، ويكفى أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية، فتقف عندها، ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك. على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض، كالحكم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب، فإنه يعتبر في حكم المريض، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية.

فنتعرض شروط مرض الموت الثلاثة، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم المرضى.

١٧٦- المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه: يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الأناث^(١). وليس واجباً، ليكون المرض مرض موت، أن يلزم المريض الفرائض، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه^(٢)(١).

= النفسية أو وصل إلى المساس بأدراكه.

(جلسة ١٩٥٦/٦/٧ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ٧ ص ٦٨٧).

ج- صدور التصرف في مرض الموت. اعتبار البيع هبة مستترة ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد. على المشتري إثبات أنه دفع ثمناً في المبيع ومقدار هذا الثمن قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة بمقتضى المادة ٤٧٧ مدني.

(جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠ الطعن ٥١٩١ لسنة ٦٣ ق).

(١) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة رقم ١/٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ١٣٥.

(٢) ولا عبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى المحكمة للتصديق على العقد الصادر منه، لأن الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع (استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٢٠ - ص ٤٤٠) قارن مع ذلك حكم المحكمة العليا الشرعية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ المحاماة الشرعية ٥ ص ٤٠٣). وقد يجازف المريض مرض الموت بالخروج من بيته للقيام ببعض أعمال فردية، كالحضور أمام محكمة الجناح للدفاع عن نفسه في تهمة تبديد (محكمة مصر ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ٩ رقم ٦/٥٣٩ ص ٩٩٦).

(١) لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفرائض على وجه الاستمرار والامتثال بل يكفي أن يلزمه =

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض، فلا يعتبر في مرض الموت. فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أو هتته، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء^(١). أو يكون عاجزاً من مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض، كما إذا كان محترفاً حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته، فيقعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت^(١).

١٧٧- ويغلب في المرض خوف الموت: ولا يكفي أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مريضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت^(٢)، أو يكون مريضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة

= وقت اشتداد العلة به، كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة ادراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يحتج معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بموته. (جلسة ١٩٦٤/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٣٩٦).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست مرض الموت، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان. أما مرض الموت فهو المرض الذي يعثر الإنسان شيخاً أم شاباً، وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب معه بقرب انتهاء أجله ٢٠١ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦١ - وأنظر أيضاً استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٤٨ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ ص ٥٤٦ - بنى سويف ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص ١٨).

(١) أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغاً من المال وفكه رهناً حيازياً وحصول هذه الأعمال من قبل وبعد تحرير العقدتين المطعون فيهما بصدرهما في مرض الموت، ذلك ليس من شأن أن ينفي ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان في فترة اشتداد مرضه عاجزاً عن أعماله العادية حتى أنه أناب عنه غيره في مباشرتها لأن قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته. (جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الد ٢٥٥ عاما قاعدة ٤ ص ٩٥٦).

(٢) من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب به الهلاك، فهو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه أو بتقرير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة، فصابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاخر من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وعلة الهلاك واتصال الموت به. (جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعن ١٠١١ لسنة ٤٧ ق).

بحسب عليه فيها الموت. أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه. مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي، فلا يستطيع قضاء مصالحه، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت. فهذا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز عن قضاء مصالحه، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء^(١). وكذلك الأمراض المزمنة، إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل، لا تكون في هذا الوقت مرض موت، وسنعود إلى بيان ذلك.

وقد ظهر مما قدمناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه، لا يغني عن الشرط الثاني وهو أن يغلب في المرض خوف الموت. ولكن هل يغني الشرط الثاني عن الشرط الأول؟ هناك رأي يذهب إلى أنه يغني، فيكفي أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه^(٢). وهناك رأي آخر يستبقى الشرطين معاً.

= (جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٣ ق ٢٨ ص ١٧٤٢)

(جلسة ١٩٦٣/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٦٢٦)

(جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً ٦-٩٥٦)

(١) وقد جاء في شرح الأستاذ سليم باز للمادة ١٥٩٥ من المجلد في خصوص شرطي القعود عن قضاء لمصالح وغلبة الموت ما يأتي «مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن دأره إن كان من الذكور، كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوقي عن الإتيان إلى دكانه. قال في رد المختار ينبغي أن يكون المراد العجز عن نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل، إذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة، كما لو كان مكارياً أو حملاً على ظهره أو دقاً أو نجاراً أو نحو ذلك مما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق، لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه. ولا يزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان للبيع والشراء مثلاً مريضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح، فتأمل. ثم هذا إنما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض للكبر أو علة في رجله فلا يظهر، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه. وهو ما قانه أبو الليث من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت، بل العبرة بعلة الهلاك، لو الغالب من هذا المرض الموت، فهو مرض موت وإن كان يخرج من البيت. وينبغي اعتناؤه لما عمت من أنه كان يفتي به الصدر الشهيد، وأن كلام محمد يدل عليه، ولا طرده فيما كان عاجزاً قبل المرض ويؤيده أن من ألحق بالمريض، كمن بارز رجلاً ونحوه، إنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج. قال في الدر المختار وفي حق المرأة أن تعجز في مصالحها داخل البيت كما في البرارية، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة، قال في السهر وهو الظاهر ٢٠١ (شرح سليم باز ص ٨٨٧-٨٨٨).

(٢) أنظر في هذا المعنى ما نقلناه في الحاشية السابقة من شرح الأستاذ سليم باز (ص ٨٨٧-٨٨٨). وانظر أيضاً الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٣ ص ٤٨٠. وانظر استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٩٥٠ =

ويجعل الأصل فيها هو أن يغلب في المرض خوف الموت، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هي العلامة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يتهدده بالموت. ويغني عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور، فمتى ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً ولو لم يقعد المريض عن قضاء مصالحه. ومقتضى هذا الرأي الآخر أنه لا يكفي أن يغلب في المرض خوف الموت، بل يجب أيضاً أن يشعر المريض بذلك، وقعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وصعاً مادياً يدل على شعوره بذلك^(١).

١٧٨- وينتهي المرض بالموت فعلاً: ويجب أحيراً أن ينتهي المرض بالموت فعلاً^(٢) (١). فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه، وغلب فيه خوف الموت، ولكنه مع ذلك برئ منه، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء. ونرى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض، كان تصرفه معتداً به حال

= ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص ١٧٤ - محكمة مصر ١٤ يولييه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٥٣.

(١) والأستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو. «ولأن بعض من يكون مطعوناً أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع أو هزال مثلاً. لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضاً مريضاً يغلب منه الهلاك، لكنه لم يعجز عن مصالحه، كما يكون في ابتداء المرض، لا يكون مريضاً. وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غائباً وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح، هذا ما ظهر لي أ. هـ. ملخصاً شرح المجلة ص ٨٨٧- (٨٨٨) - وقد قضى بأن المصاب بالبول السكري إصابة غير خطيرة لا يعتبر مريضاً مرض الموت، إذا ثبت أنه لم يكن عنده وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله، وإن كان يباشر أثناء مرضه أعمال الخصوصية وهو في منزله (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ - استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٤).

(٢) ولو لم يكن الموت بسبب المرض، كأن قتل المريض أو غرق. ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله، ولو لم يمض بهذا السبب العارض لما سبب المرض (الأستاذ عبد المصم البدرأوى فقرة ٤١٧ ص ٦٠٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٩١ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٧).

(١) فضايل شدة المرض واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيتحقق فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به (جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن ١٠١١ لسنة ٤٧ ق).

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٣ ق ٢٨ ص ١٧٤٢)

(جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٣٩٥)

حياته، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً. فإذا انتهى المرض بالموت (١)،
من عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس. وإذا
في المريض، تبين أن التصرف الذي صدر منه لم يقع في مرض الموت، فلا يجوز الطعن
به بذلك من الورثة (٢). ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه
بغلق في الباعث، بأن يشك أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه
يشفى ما كان ليتصرف، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلاً للإبطال للغلط ويجوز
للمتصرف أن يطلعه لهذا العيب.

وقد يطول المرض، بأن يكون من الأمراض المرمية كالشلل والشل، ثم ينتهي بالموت
ولكن بعد مدة طويلة. والقاعدة في هذه الأمراض المرمية أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض
موت إذا طال دون أن تشتد، بحيث يطعن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره، ولم يعد
هناك منه خطر داهم. وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه والزمه
الفرش، ما دام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل. لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك،
وساءت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل، واستمر المرض في الاشتداد حتى
انتهى بالموت فعلاً، فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه (٣) (١). وهناك رأي

(١) على أن يمتد المرض من وقت صدور التصرف إلى وقت الموت (استئناف وطني ٢١ ديسمبر سنة
١٩٥٥ الحقوق ٢٥ ص ٥). فإذا انتهى بمرض آخر (دوسنطاريا حادة) هو الذي انتهى بالموت، لم
يكن المرض الأول مرض موت (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦).
(٢) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته، ولا يجوز للورثة أن يطعنوا فيها إلا بعد الوفاة (الأستاذان
أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٠٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٩٣ هامش رقم
٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٨).

(١) إذا استطل المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال
عدم براء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالات مرض
الموت والا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة، وما يعتبر بهذا
الوصف شدة للمرض من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، ولا سبيل للجلل
فيه أمام محكمة التقض.

(جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة التقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ١٠
ص ٩٥٧)

(جلسة ١٩٥٢/٥/٨ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة التقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ٥ ص ٩٥٦)

(جلسة ١٩٥٩/٦/١١ مجموعة أحكام التقض السنة ١٠ ص ٤٧٦)

(جلسة ١٩٧٣/٢/٦ مجموعة أحكام التقض السنة ٢٤ ص ١٥١)

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن الشلل، وإن كان من الأمراض التي تطول مآلها، إذا
دخل في دور جديد واشتدت وطأتها، يجعل تصرفات المريض في ذلك الوقت قابلة للإبطال (١٣ أبريل
سنة ١٩١٢ الحقوق ٣٤ ص ٥٩) - وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت تصليب
الشرابين وإصابة القلب والكلى، فهي من الأمراض المزمنة التي لا يصح اعتبارها في الأصل مرض

في الفقه الإسلامي - أخذت به المجلة - يقدر المدة التي يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود
يخشى منه خطر عاجل بسنة، فإذا طال المرض الزمن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض
موت. وإذا اشتد المرض بعد ذلك حتى انتهى بالموت فعلاً قبل انقضاء سنة من اشتداده،
اعتبر في هذه الفترة مرض موت (١). وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أكثر
أحكامه (٢)، واكتفى في بعض آخر بأن يطول المرض مدة كافية ليتولد في نفس المريض

موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بخطورتها، ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم
خطورتها اعتبرت مرض موت (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) - وقضت
محكمة مصر بأنه لا يعتبر مرض موت احتباس البول وتضخم السروستاتا ما لم يشك أن هذا المرض
الزمن قد تزايد فجأة وانتهى بالموت (٤ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥). وقضت
أيضاً بأنه لا يعتبر مرض موت الالتهاب الشقي الزمن ما لم يتزايد (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة
٢٠ رقم ١١١ ص ٢٠٤). وقضت أيضاً بأن الربو المصحوب بنزلة شعبة، ولو توفي به شخص فجأة في
من ينذر في الجيل الحاضر تجاوزها، لا يعتبر مرض موت، لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع
للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل النوبات (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم
٣٨ ص ٥٨) - المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠).
وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة، أو هو المرض الذي يرتبط
ارتباطاً وثيقاً بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث تصعب التفرقة بينهما. ويجب أن يكون المرض مستمراً
حالة المريض تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسن واضحة، فإذا كان هناك مثل هذه الفترات
اعتبر بدء المرض متفقاً مع تاريخ بدء الانتكاس الأخير، وحينما يكون الشخص مريضاً بمرض غير
ميت حتماً، ولكن نشأ من هذا المرض مرض آخر مميت، فهذا المرض الأخير لا المرض الأول هو الذي
يعتبر مرض موت (٧ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١١ ص ١٧). وقضت أيضاً بأن الإصابة بمرض
السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت (١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ ص ٣٦٢).

(١) وقد جاء في شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز: «وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة
وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد
مرضه ويتغير حاله. فظهر من هذا أن مرض الموت مقيد بغير الأمراض المزمنة التي طالّت ولم يخف
منها الموت، كالفالج ونحوه، وإن صيرته ذافراً وسنعتة عن الذهاب في حوائجه. فلو أصاب رجلاً
فالج فذهب لسانه، أو مرض فلم يقدر على الكلام، ثم أشار إلى شيء أو كتب شيئاً، وقد تقدم ذلك
وطال سنة، فهو بمنزلة الأخير الصحيح. وكذا صاحب الشلل إذا أتى عليه سنة، فهو بمنزلة
الصحيح، ولكن لو اشتد مرضه، وتغير حاله، ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير
إلى الوفاة. مرض موت (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت السرطان أو الشلل إذاً يظل أكثر من
سنة قبل أن يأتي على حياة المصاب به، وعلى الوارث أن يشك أن الموت الذي مات بمرض السرطان
أو الشلل لم يعمد مرضه أكثر من سنة (١٨ يونيو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٠
ص ٢٢٩) - وانظر أيضاً: استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص ٢٢٧ -
٤ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٣٣١ - ١٧
يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٦ ص ٧٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية
٢٦ رقم ٣٣ ص ٥٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ص ٢٣١٤ - ١٩ مارس -

السكون إلى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل. وكذلك يكفي أن يشتد المرض ويتردد في الشدة حتى يتولد في نفس المريض أنه عاد مهدداً بالموت في أى وقت، ليكون المرض مرض موت من وقت اشتداده، حتى لو بقي مشتداً مدة أطول من سنة ولم يمض المريض إلا بعد انقضائها (١).

١٧٩ - الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم المرضى مرض الموت:
وقد قدمنا أن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست إلا أمانة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله. فأية حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه الحالة بالذات، وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضاً أصلاً. فالمحكوم عليه بالإعدام ينتظر التنفيذ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تنهياً له وسائل الانقاذ، ومن داهمته حريق لا سبيل للنجاة منها، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته على الانتحار، كل هؤلاء أصحاء ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت (٢).

سنة ١٩٣٠، المحاماة ١١ رقم ١/٨٤ ص ١٤٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١١ رقم ٩١ ص ١٥٠ - مستأنف محتط ١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٣.

ويجب حساب السنة من وقت اشتداد المرض إلى وقت الموت (استأنف محتط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٥٣ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المرض يعتبر مرض موت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل وفاة إذا كان قد أخذ دائماً في الازدياد لغاية الوفاة، ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً في خلال هذه المدة. أما التفسير القاضي بتحديد المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة على الوفاة فليس تحديداً حتمياً، ولكنه ينطبق فقط على الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً فيشتد طويلاً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته. أما المرض الذي يأخذ سيرا مستمرا بغير تحسن محسوس في مدته، بل يمشى نحو الازدياد وينتهي بالموت، فهو مرض الموت مهما كانت مدته (٢) فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص ١٧٣).

(٢) وقد جاء في شرح المحلة على المادة ١٥٩٥ للاستاذ سليم باز: «ومن بارز رجلا، أو قدم ليقتل في قصاص أو رحم، أو يقى على لوح من السفينة، أو اقتصره سبع وبقي في فيه، فهو كمرض مرض الموت أهـ وفي الهدية ومن كان محبوساً في السجن لقتل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض وإذا خرج ليقتل، فحكمه في تلك الحال حكم المريض، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح، وإذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح، وإذا هاج الموح فحكمه في تلك الحال حكم المريض. ولو أعيد إلى السجن ولم يقتل، أو أرحم بعد المسارعة إلى الصف، أو سكن الموج، صار حكمه كحكم المريض الذي يرى من مرضه»

١٨٠ - اثبات مرض الموت: ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات (١)، ومنها البينة والقرائن (٢). وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية

=تفقد تصرفاته من جميع ماله. والمرأة إذا أخذها الطبق، فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث ماله، وإن سلمت من ذلك جاز فعلته من ذلك كله أهـ (شرح المحلة للاستاذ سليم باز ص ٨٨٨) - أنظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٠٧ ص ٢٠١ - الأستاذين محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٤ - الأستاذ أور سلطان فقرة ٤٤٥ ص ٤٢٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦.

وغنى عن البيان أن العبرة بحالة الإنسان النفسية، فمن كان محكوماً عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ، ويدو، بالرغم مما جاء في شرح المحلة نقلاً عن الهندية، أن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت. فإذا صدر عفو عنه، أو نجا من كان على وشك الغرق أو من كان في حكمه، فإنه يعتبر في حكم المريض مرضاً يغلب فيه الهلاك ولم ينته بالموت بل يرى منه المريض، فلا يكون للورثة حق الطعن في التصرف، ولكن يجوز للمتصرف نفسه أن يضمن في التصرف بالغلط كما سبق القول.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادات الطبيتين المتقدمتين فيها عن مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد، فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٢ ص ٣٦٥). وقضت أيضاً بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بوفاتها، وهذا يكفي (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص ١٠٤٨). وقضت كذلك بأنه متى كان الحكم إذ نفى حصول البيع في مرض موت البائع قد قرر للأسباب الساتفة التي أوردتها أنه في الوقت الذي تصرف فيه كان في حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عادي لا يغلب فيه الهلاك، فإن هذا الذي قرر لا عيب فيه (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٥ ص ٢٣٧).

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون، فإن حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة واقع تستخلصه محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك متى بست محكمة الموضوع قضاءها على أسباب ساتفة.

(١) أ- لما كان للوارث أن يثبت طعنه في العقد الذي قصد به الإضرار بحقه في الإرث بأي طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد في العقد من القرائن القائمة في الدعوى ولو أدى ذلك إلى إهداره أقرار المتصرف في العقد بأنه قضى الثمن بطريق المقايضة وفاء لدين قال أنه في ذمته لمورث المشتري.

(جلسة ١٩٤٩/١/١٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاما قاعدة ٣٧ ص ١٠٠٤).

(جلسة ١٩٥٠/١٢/١١ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاما قاعدة ٢٢ ص ١٠٠٢).

دالة على حالة المريض في أواخر أيامه. كذلك يثبت بشهادة الشهود. ويتقصى حياة لريض في أيامه الأخيرة. وعلى الورثة الذين يطعون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض. ولما كانوا يعتبرون خلفاء لمورثهم وليسوا غيراً من حيث بوث التاريخ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم. إذا كان التصرف مؤرخاً تاريخياً عرفياً في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم. ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن لتاريخ الصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته. فإذا أثبتوا ذلك - ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشاً وواقعة مادية - أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف^(١)، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسرى في حقهم إلا في الحدود التي سنبينها فيما يلي.

= (جلسة ١٩٥٠/٢/٢٦ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ٣٦ ص ١٠٠٤).

ب- اثبات التاريخ لا يكون إلا بأحدى الطرق التي عينها القانون، ولا يحتج على الورثة الذين يطعون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن صدوره كان في مرض الموت.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٤٢)

(جلسة ١٩٤١/١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ٢٦ ص ١٠٠٢)

ج- إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية في التقدير أن المورث لم يكن مسبب الإرادة ولا مريضاً بمرض الموت وقت صدور التصرف ولذلك فإنه يأخذ حكم تصرف سليم وكان ما استخلصته في هذا الشأن لا يخالف الوقائع الثابتة التي استندت إليها وتضمنت الرد الكافي على ما اتاره الطاعنون فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في القانون والقصور يكون في غير محله.

(جلسة ١٩٦٠/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ٤٣٢)

(جلسة ١٩٥٣/١٢/١٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ١٣ ص ٩٠٨)

(جلسة ١٩٥١/٦/٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ١٢ ص ٩٥٨)

(١) وقد سبق أن بينا في الجزء الثاني من الوسيط (فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢) أن الوارث لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة الصادرة من مورثه في مرض الموت، ويعتبر غيراً بالنسبة إلى سريان التصرف الصادر في مرض الموت. وقبلنا في هذا الصدد: «والذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط ما بين الغيرية في سريان التصرف والغيرية في ثبوت التاريخ. فالوارث، في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت، يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه التصرفات في حقه، فهي لا تسرى عليه فيما يجاوز =

١٨١ - سبب تقييد التصرف في مرض الموت: وإذا كان التصرف الذي يصدر في مرض الموت مقيداً، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته. فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته، بل ولا تنتقص هذه الأهلية، فما دام حياً حافظاً لقواه العقلية فإنه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته. ولو وقع أن المريض أفقده التمييز، فإن التصرف الذي يصدر منه وهو في هذه الحال يكون باطلاً لانعدام التمييز، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصدوره في مرض الموت.

وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض^(١). فإنه من المقرر في الفقه الإسلامي أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم، لا من وقت موته فحسب، بل من وقت المرض الذي يموت فيه. فإذا صدرت منه تصرفات تطوى على تبرع منذ هذا المرض، كان لهذه التصرفات حكم الوصية. ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله، فإنما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته، لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها. ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادى، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة. فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع، كان يبيع يشمن أقل من قيمة المبيع، يكون لها هي أيضاً في القدر المحايي به حكم الوصية. ومؤدى

= ثلث التركة. ولا يعتبر غيراً من ناحية ثبوت التاريخ فيحتج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح، (الوسيط جزء ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٦ - ٢٠٧). وانظر مقال الأستاذ سليمان مرقس في قوة المحررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذي يظن فيها بصدورها في مرض الموت في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤، وإلى هذا المقال يرجع الفضل في تحول الفقه المصري إلى الرأي الصحيح في هذه المسألة كما سبق أن بينا (الوسيط ٢ ص ٢٠٦ هامش رقم ١). وانظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٤٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ - الأستاذ عبد المنعم البدر لوى فقرة ٤١٩.

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطني أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص ٢٩٦). ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيل تاماً (استئناف وطني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥). ومنها أن يكون العقد قد تحرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦). ولا مانع من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الحاماة ٩ رقم ١/٥٣٩ ص ٩٩٦).

(١) وعلى هذا العقد اجماع الفقه المصري: الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٠٦ وفقرة ٢١٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ - الأستاذ عبد المنعم البدر لوى فقرة ٤١٨

وأيا كانت طبيعة حق الورثة، فإنه حق يقيد من تصرف المريض على النحو الذى أسلفناه.

ولما كان تقييد تصرف المريض فى مرض الموت يرجع إلى حق الورثة فى ماله وفقاً

== واختلف مشايخنا. قال بعضهم هو وقت مرض الموت، والنكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت، ولا يحتاج إلى إيقاعه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً. وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور، ومن وجه وقت الموت مقصوراً عليه وهو طريق الاستناد، وهما طريقنا مشايخنا المتقدمين. وقال بعضهم: وهو طريق المتأخرين منهم، إن النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك للوارث أصلاً لا من كل وجه ولا من وجه. وجه قول الشافعى أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت، لأن المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته، فلا بد من وجود السبب عند الموت. ولا سبب ههنا إلا النكاح، وقد زال بالإبانة والثلاث، فلا يثبت الإرث، ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يورث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قائماً فى حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة. ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول. أما الإجماع... وأما المعقول فهو أن سبب الاستحقاق الإرث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الإرث، كما إذا طلقت طلاقاً رجعياً. ولا كلام فى سبب الاستحقاق وشرائطه، وإنما الكلام فى وقت الاستحقاق، فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت. أما على التفسير الأول والثانى وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه، فالدليل عليه النص وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الإجماع والمعقول. أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثبت أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم، أى تصدق باستبقاء ملككم عليكم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم. أخبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه استبقى لهم الملك فى ثلث أموالهم ليكون الوسيلة إلى الزيادة فى أعمالهم بالصرف إلى وجوه الخير، لأن مثل هذا الكلام يخرج مخرج الإخبار عن المنة. وآخر أعمارهم مرض الموت، فدل على زوال ملكهم عن الشئ إذ لو لم يزل لم يكن ليمن عبيهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين، إذ الحكيم فى موضع بيان المنة لا يترك أعلى المنتين ويذكر أدناها. وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ورثته، لأنهم أقرب الناس إليه.. وأما إجماع الصحابة رضى الله عنهم.. وأما دلالة الإجماع فهي أنه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث فى حق الأجانب، وفى حق الورثة لا ينفذ بشئ أصلاً ورأساً حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه إذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الأخذ من غير رضاه فدل عدم النفاذ على زوال الملك، وإذا زال يزول إلى الورثة لما بينا. وأما المعقول فهو أن المال الفاضل عن حاجة الميت يصرف إلى الورثة بلا خلاف، والكلام فيما إذا فضل ووقع من وقت المرض لفراغ عن حوائج الميت. فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث فى المال الفاضل عن حوائج الميت، فبدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة. وأما على التفسير الثالث، وهو ثبوت حق الإرث رأساً، فدلالة الإجماع والمعقول. أما دلالة الإجماع فهو أن ينقض تبرعه بعد الموت، ولولا تعلق حق الوارث بحاله فى مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أهل فى محل مملوك له لا حق لتعريفه فيسمى ألا يقص، فدل حق القص على تعلق الحق وأما المعقول فهو أن النكاح حال مرض الموت سار وسيلة إلى الإرث ووسيلة حق الإنسان حقه لأنه يتفزع به، والطلاق البائن والثلاث إبطال لهذه الوسيلة فيكون إبطالاً لحقها، وذلك إضرار بها فيرد عليه (البدائع ٢ ص ٢١٨ - ص ٢٢٠). وانظر أيضاً فى هذه المسألة الأستاذ محمد أبو رهرة فى أحكام التركات والموارث ص ١٠ - ص ١٣.

ذلك أن التصرف الصادر فى مرض الموت إذا انطوى على تبرع فيما يجاوز ثلث التركة لا يكون باطلاً ولا يكون قابلاً للإبطال^(١)، بل يكون فيما جاوز ثلث التركة غير نافذ فى حق الورثة^(٢). فهو تصرف صحيح، ولكنه لا ينفذ فى حق الورثة إلا بأجازتهم، فإذا لم توجد ورثة نفذ التصرف فى كل المال^(٣).

وقد اختلف فقهاء الإسلام فى تكييف حق الورثة الذى يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت. فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث^(٤).

(١) قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠.

(٢) توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدي البيع - المطعون فهما بصورها فى مرض الموت - فى وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثاً لا يبدو أن يكون شهادة بصحة بصورها من المورث، ولا يعتبر أجازة منه للمعدين لأن هذه الأجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التى تخوله حقاً فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة، كما أن توقيعه على المعدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منها إذا لم يكن وارثاً وقت توقيعه كشاهد طبقاً لما تقدم ذكره.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن ٨١٦ لسنة ٤٢ ق ص ٢٨ من ١٧٤٢)

(جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاماً قاعدة ١٧ ص ٩٥٨)

(جلسة ١٩٥١/٥/٣ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاماً قاعدة ١٨ ص ٩٥٨)

(٢) وتسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بحمس عشرة سنة من وقت موت المريض (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ويدعوانها بدعوى بطلان)، فلا يكفى إذن سكوت الورثة ولو مدة طويلة إذ كانت دون مدة السقوط (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢)، ما لم يستخلص من هذا السكوت إجازة ضمنية للتصرف من الورثة، وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن سكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور المعقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يطعن الوارث، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته يعتبر إجازة للمعقد الصادر فى مرض الموت (١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢).

(٣) فعند الشافعى لا يثبت الإرث إلا عند الموت، وفى المسألة خلاف عند الحنفية. ويظهر أثر ذلك فى المطلقة دون رضاها طلاقاً بائناً فى مرض الموت ومات مطلقاً وهى فى العدة، هل ترث أو لا ترث؟ عند الحنفية ترث، وعند الشافعية لا ترث. ويورد صاحب البدائع حجج الفريقين على الوجه الآتى: «وإن كان (الطلاق) بغير رضاها فإنها ترث من زوجها عندنا، وعند الشافعى لا ترث. ومعرفة هذه المسألة مسية على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط الاستحقاق ووقته. أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث فى حقها النكاح... واختلف فى الوقت الذى يصير النكاح سبباً لاستحقاق الإرث وعند الشافعى هو وقت الموت، فإن كان النكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث، وإلا فلا» =

لمبادئ الفقه الإسلامي، فإن هذا التقييد لا يسرى إلا في حق من تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، وهؤلاء هم كل المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين. أما الأجنبي الذي لا تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية فلا يسرى هذا التقييد في حقه (١).

١٨٢- الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت: وقد أورد التقنين المدني نصاً يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت، أي كان هذا التصرف بيعاً أو غير بيع. فنصت المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي: ١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف. ٢- وعلى ورثة من تصرف أن يشبوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. ٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص، ونقتصر فيه على القدر الذي يتعلق بالبيع (٢) (١)، فقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدني تنص على ما يأتي: «ويسرى

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أحكام بيع المريض مرض الموت تسرى ولو كان البائع أجنبياً: ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥.

(٢) ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص مماثل المادة ٩١٦ من التقنين المدني الجديد، ولذلك تضارب القضاء في مد أحكام بيع المريض مرض الموت إلى تصرفاته الأخرى غير البيع. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الوارث لا تسرى عليه أحكام البيع (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٤). ولكن إقرار المريض لوارثه يسرى عليه حكم البيع (استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص ٨٥٦ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٢٢٠ ص ٤٤٠ - المصورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص ٥٢٤ - طنطا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣٧ ص ٦٧ - الرقازيق ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٨ ص ٨٤٨ - الرقازيق ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٩ ص ٨٧ - أسوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٠ ص ١٣٤ - استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ - اطر عكس ذلك أي عدم جواز الطعن في الإقرار الصادر في مرض الموت: استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص ٧٧١ - الرقازيق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٦ ص ١٣٥ - مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص ١٢٧٥). أما الإيجار فلا يتأثر بصدوره في مرض الموت (مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٣٦ ص ٨٥٠).

(١) إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة التصرف في حدود ثلث كل منهما - باعتبار =

على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦. فإذا صدر بيع من المورث، وبعد موته طعن الورثة في هذا التصرف، فأول شيء يجب على الورثة عمله في هذا الطعن هو أن يشبوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته. ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ويكون التاريخ العرفي للبيع حجة عليهم إلى أن يشبوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم وأن التاريخ الحقيقي للبيع يقع في مرض الموت، وقد سبق بيان كل ذلك. فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت، فإن النص يقتضي أن البيع حقيقته هبة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشتري وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري. ولكن هذا الفرض قابل لإثبات العكس (١)، وعلى المشتري لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه دفع فعلاً ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته (٢). فإذا لم يستع إثبات ذلك، أو ثبت أن الثمن الذي دفعه أقل من قيمة المبيع، اعتبر البيع - في المبيع كنه في الصورة الأولى وفي حدود زيادة قيمة المبيع على الثمن في الصورة الثانية - تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية. وهذا ما نتكفل الآن ببيانه.

ب- أحكام البيع في مرض الموت

١٨٣- فروض مختلفة: البيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث الثروة، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث، أو بغير ثمن أصلاً وفي هذه الحالة يكون البيع هبة مستترة.

كأنهما صادرين في مرض موت المورث دون أن يستظهر عناصر الثروة التي خلفها المورث أو يعني بحث ما إذا كانت الثروة محملة بديون للغير أم لا مع أن هذا البيان لازم لتقدير الثلث الذي تخرج منه الوصية على النحو الذي يتطلبه القانون، لما كان ذلك فإن الحكم يكون فوق خطئه في تطبيق القانون قد جاء قاصراً عن بيان الأسباب التي استند إليها في تقييم القدر الجائر الأيضاء به.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٤٢)

(جلسة ١٩٥٠/٤/٢٧ مجموعة القواعد القانونية لحكمة النقض في الـ ٢٥ عاما قاعدة ٧ ص ١٢٠٤)

(جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦ مجموعة القواعد القانونية لحكمة النقض في الـ ٢٥ عاما قاعدة ١٥ ص ٩٥٨)

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٠٧ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٨٦ - قارن استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٤٤.

(٢) ولا يجوز للمشتري التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً وذكر ذلك في عقد البيع، لأن هذا إقرار من مريض في مرض موته فلا يعتد به، ولأن الشبهة قائمة في أن البائع والمشتري متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع (الأستاذ سليمان مرقس ققرة ٣٠١ ص ٤٨٩ - الأستاذ عبد المصم البدرأوى ققرة ٤٢١ ص ٦١٢ هامش رقم ١).

فهذه فروص مختلفة نستعرضها واحداً بعد الآخر، ثم نعقبها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية.

وقد قدما أن الورثة إذا أثبتوا أن البيع قد صدر في مرض الموت، فإن البيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع أى يكون هبة بغير ثمن، ولا عمرة بالثمن المذكور في العقد. وعلى المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك. فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمناً، كان البيع هبة. وإذا استطاع إثبات أنه دفع ثمناً ومقدار ما دفعه، لم يخل الحال كما قدما من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوز (١).

١٨٤- البيع بما لا يقل عن القيمة: إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته، كان البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث.

والمراد بالوارث، في جميع أحكام بيع مرض الموت، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع. أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام. فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع (٢). كذلك تقدر قيمة المبيع، لمعرفة نسبة الثمن إليها، وقت الموت لا وقت

(١) أما بالنسبة إلى الدائنين، فكل محاباة أو تبرع في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية، فتتقدم عليها الديون، ولا تنفذ إذا كانت التركة مستغرقة. وقد جاء في المادة ٣٦١ من مرشد الميراث في هذا المعنى: «إذا باع المريض لأجنبي (أو لغير أجنبي من باب أولى) شيئاً من ماله بمحاباة فاحشة أو سيرة، وكان مدينوناً بدين مستغرق ماله، فلا تصلح المحاباة سواء أجازته الورثة أو لم يجزوه. ويخير المشتري من قبل أصحاب الديون، فإن شاء بنى المبيع تمام القيمة، وإلا فسخ البيع. فإن كان قد تصرف في المبيع قبل الفسخ، تلزمه قيمته بالغة ما بلغت» - وإذا برئ المريض من مرضه، جاز للدائنين العطن بالدعوى البوليصية في تصرفه باعتباره تبرعاً (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي فقرة ٢١٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧)، وهذا فوق دعوى الإبطال للغلط التي تكون للمريض نفسه بعد أن يبرأ من مرضه كما سبق القول، وهي دعوى يجوز لدائنيه أن يرفعوها باسمه.

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣ - وبيت المال لا يعتبر وارثاً، فالبيع في مرض الموت للزوجة صحيح إذا لم يكن للزوج وارث آخر. ولذلك لا يصح لبيت المال (الحكومة) أن يطعن في العقد بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة، لأن بيت المال ليس بوارث. بل الحكومة تستحق التركة إذا خلت من الورثة أو وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه، لا من طريق الإرث، بل لاعتبارها مالا لا مالك له (محكمة اللسان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ «شرائع» رقم ١٤٢ ص ١٢٧ - وانظر المبدأ ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧٧ ص ٧٥٧ - وقارن مع ذلك استئناف محظوظ ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٩٢). وهذا الحكم يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامى من أن بيت المال يأخذ المال من جهة أنه لا مالك به (أحكام القرآن للجصاص).

البيع، فلو باع المريض داراً بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع. وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفاً وخمسمائة، ثم أصبحت ألفين وقت الموت، فإن البيع يكون بمثل القيمة.

وقد كان البيع بمثل القيمة في عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث. ففي البيع لغير وارث يتفق التقنين السابق مع التقنين الجديد في الحكم الذى تقدم بيانه. أما في البيع لوارث فقد كان هناك، في عهد التقنين المدنى السابق، رأيان. الرأي الأول، وكان الرأي الأرجح، يجعل البيع نافذاً دون حاجة إلى إجازة الورثة كما في البيع لغير الوارث، وهذا هو رأى أصحابين فى المذهب الحنفى. والرأى الثانى يذهب إلى أن البيع لا ينفذ فى حق الورثة إلا بإجازتهم، لأن المورث خص الوارث بعين المبيع، وفى هذا ضرب من المحاباة والإيثار، وهذا هو رأى الإمام أبى حنيفة (١).

١٨٥- البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة: وإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع وأثبت مقدار ما دفع، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة، فإن البيع يكون هنا أيضاً صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث.

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (م ١/٤٧٧ مدنى). فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وخمسمائة، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول.

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدنى السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه، وما إذا كان البيع لوارث ولا ينفذ إلا بإجازة الورثة (٢). ذلك أن أية محاباة في الثمن تعتبر

٢= ص ١٠٠ - وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١١ ص ٢٠٥ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦ - وقد جاء في قانون الوصية نص صريح في هذا المعنى، فقضت المادة ٣٧ من هذا القانون بأن «تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة».

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١٥.

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩ - ٤ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٧.

تبرعاً فتأخذ حكم الوصية، وكانت الوصية في عهد التقنين المدني السابق لا تجوز لوأرت إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) يجيز الوصية لوأرت دون حاجة إلى إجازة الورثة^(١).

١٨٦ - البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة: وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً إلا مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما جاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضاً، فإن البيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بأجازتهم^(٢). وهذا هو حكم الوصية، وقد قدمنا أن المقدار المحايى به يعتبر في حكم

(١) والعبرة في معرفة أى حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث. فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ التشريع الذى يجيز الوصية لوأرت (قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦)، فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى، وإلا فحكم التقنين الجديد.

وكان القضاء السابق يكشف عن تخايل المريض إذا باع لغير وارث ثم يحول المشتري البيع إلى وارث، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحوّل العقد من الولد إلى أمه فيه تخايل، ويعتبر بيعاً صادراً لوأرت في مرض الموت (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٤٣٠ ص ٨٢٨).

(٢) نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٣٨٠ - استئناف وطنى ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٣٨.

هذا والإجازة يجب أن تصدر من أهل للتبرع، فلا يصح أن يكون الوارث المجهز صبيّاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه، أو أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت. والمجهز إذا كان مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٢٠٦ هامش رقم ٢). ويجب أن يكون المجهز عالماً بالعيب وراغباً في تصحيحه، فاشتراك الوارث في تحرير محضر جرد التركة وإشارته في المحضر إلى التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أراد بذلك الموافقة على التصرف (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٦٤ استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١٠٨ ص ٢٩٦ - استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠).

ويجب أن تقع الإجازة بعد الموت، فالإجازة الحاصلة وقت العقد أو اشتراك الورثة في نفس العقد لا تعتبر إجازة، ويجب صدور الإجازة مرة ثانية بعد الموت. وإجازة بعض الورثة دون بعض لا تنفذ إلا في حصص من أجاز من الورثة (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه). ويجوز للمشتري أن ينفذ للورثة ليعملوا ما إذا كانوا يجيزون التصرف أو لا يجيزونه، وأن يلتجئ إلى القضاء لتحديد ميعاد لذلك، لكن إذا انقضى الميعاد عد هذا علم إجازة منهم للتصرف (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ - الأستاذ عبد المصم البدرأوى فقرة ٤٢٢). وسكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يظمن الوارث، بل سكوت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته، يعتبر إجازة صمنية للعقد الصادر في مرض الموت (استئناف أسبوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ وقد مسقت الإشارة إلى هذا الحكم).

الوصية. ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوأرت أو لغير وارث^(١). فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان ألف، ولم يكن له مال غير هذه الدار، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة، فإن المقدار الذى حوى به المشتري يكون ثمانمائة. وهذا يزيد على ثلث التركة - قدره ستمائة - بمائتين. فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة، وينفذ في باقى الدار دون حاجة إلى إجازتهم. فإن لم يجز الورثة في المائتين، كان على المشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذى دفعه ثمناً، فيخلص للورثة ألف ومائتان، وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب أن يخلص للورثة. وللمشتري أن يفسخ البيع، فيرد الدار للتركة، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذى دفعه^(٢).

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمنا^(٣)، وما إذا كان البيع لوأرت فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - لا فيما يجاوز ثلث التركة فيحسب - إلا بأجازتهم^(٤).

= وإذا تعددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت، اعتبر المشترون في حكم الموصى لهم، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخاً أو تسجيلاً (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٥/٤٣٠ ص ٨٢٨). ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى في مرض موته هو أيضاً في حكم الوصية، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقصاً للوصية الأولى وإما نافذاً معها في حدود ثلث التركة (قارن استئناف وطنى ١٥ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتعليق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٢٠٨ هامش رقم ١).

(١) فإذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع أياً كان المقدار المحايى به ولو كان البيع في حقيقته هبة، ولا يعتبر بيت المال وارثاً كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦).

(٢) كذلك للورثة أن يستبقوا الدار شائعة بينهم وبين المشتري، وتكون حصصهم فيها بمقدار المائتين اللتين اعتبر البيع فيهما غير نافذ. وقد أجازت محكمة استئناف أسبوط للوارث أن يأخذ حقه وهو الثلثان عيناً إذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٦٤٥ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١١ ص ٨٢٨).

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٢ ومراجع الفقه والقضاء المشار إليها.

(٤) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢١٥. والعبرة في معرفة أى حكم يسرى تكون هنا أيضاً بتاريخ موت المورث، فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) الذى يجيز الوصية لوأرت فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى، وإلا فحكم التقنين الجديد.

١٨٧- التصرف بغير ثمن أصلاً: وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً ما للمريض، اعتبر التصرف هبة بغير ثمن، وكان لها حكم الوصية لأنها وقعت في مرض الموت. فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم. وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة، لم ينفذ التصرف فيما جاوز ثلث إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أى أن يرد إليها ما يفى بتكملة ثلثها. ويستوى في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث. فلو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفاً، ولم يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمناً، وكانت قيمة التركة - ويدخل في ذلك قيمة الدار المتصرف فيها - ستة آلاف، فإن التصرف ينفذ في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم، لأن قيمة الدار لا تتجاوز ثلث التركة. أما إذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف والمسألة بحالها، فإن قيمة الدار تتجاوز ثلث التركة بمقدار ألف، فإذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ألفاً على النحو الذي قدمناه (١).

وقد كان التصرف بغير ثمن أصلاً في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه، وما إذا كان التصرف لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - سواء زادت قيمتها على ثلث التركة أو لم تزد - إلا بإجازة الورثة، فإذا لم يجيزوا وجب على الوارث رد الدار إلى التركة (١).

١٨٨- حماية الغير حسن النية: ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين لا ينفذ فيهما تصرف المريض في حق الورثة إلا بإجازتهم (٢)، وهما: (١) إذا تصرف بغير ثمن أصلاً

(١) والعبارة هنا أيضاً بتاريخ موت المورث، فإن كان قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) الذي يجيز الوصية للوارث سوى حكم التقنين السابق، وإلا فيسرى حكم التقنين الجديد.

(٢) قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذي يحكم الواقعة نص على أن الوصية لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا في حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه، ولم يتعرض هذا القانون صراحة للوقف الذي تقوم فيه التركة وتحدد ثلثها، إلا أن الراجح في مذهب أبى حنيفة أن يكون تقدير الثلث الذي تخرج منه الوصية بقيمة وقت القسمة والقبض لأنه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية وإعطاء كل ذي حق حقه وحتى لا يكون هناك غبن على أى واحد من الورثة أو الموصى له فيها ببطء ورتبوا على ذلك - كل ما يحدث في الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص في قيمة التركة أو هلاك في بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له، وكل زيادة تطرأ على التركة في هذه الفترة تكون للجميع.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجمعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٤٢)

(٢) لما كان المشرع في المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من التقنين المدني لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر في مرض الموت وأن يكون مقصوداً به التبرع ولم يستوجب المشرع في هذه الحالة أن يحتفظ المتصرف بحياة المبيع والانتفاع به طوال حياته على نحو اشترط في المادة ٩١٧ من التقنين المدني وإذ خلص الحكم المطعون فيه سائغاً إلى أن تصرف المورث للطاعن بموجب العقدين قد =

وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة. (٢) أو يباع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة.

ففي هاتين الحالتين إذا لم تجز الورثة، ولم يرد المتصرف إليه إلى التركة ما يفى بتكملة ثلثها، كان للورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما يفى بتكملة ثلثي التركة. وإذا تبرع المتصرف له بالعين، جاز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذي قدمناه (١). أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً، بأن باعها مثلاً من شخص آخر، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية، أى إذا كان المشتري لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقاً فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع (٢). وتقول المادة ٤٧٨ مدني، كما رأينا، في هذا الصدد ما يأتي: «لا تسرى أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية وإذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المباعة». ولا يبقى للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقوقهم على من تصرف له المريض.

والحكم لا يتغير فيما إذا كان المتصرف له رهن العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع أو أى حق عيني آخر، وكان من تلقى الحق العيني حسن النية. فيجب في هذه الحالة أن يحترم الورثة هذا الحق العيني، ولا يستوفوا من العين حقهم إلا وهي محملة بهذا الحق (٣).

٤- بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الديون

١٨٩- وضع المسألة - سريان مبادئ الفقه الإسلامي: قدمنا أن هناك صوراً مختلفة لبيع التركة، وقد استبعدنا من هذه الصور بيع الحقوق الاحتمالية في تركة دون ضمان صفة الوارث وبيع التركة المستقبلية. وعالجنا صورة ثالثة هي بيع الوارث لحصته في التركة أى لنصيبه في مجموع من المال مع ضمان صفته كوارث، سواء كان البيع لغير وارث أو

صدر في مرض الموت فإن ما استطرد إليه الحكم بعد ذلك في التدليل على احتفاظ الورثة بالحياة ويحقها في الانتفاع طوال حياتها هي أسباب نافلة ويكون النص عليها غير منتج.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧ الطعن ١٠١١ لسنة ٤٧ق)

(١) وذلك ما لم تكن العين منقولة وقد حازه المشرع له بحسن نية.

(٢) أما إذا كان المشتري سيئ النية، كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض، لم يجز له أن يطلب الحماية (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٧).

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٢ - الأستاذ عبد المنعم الدراوى فقرة ٤٢٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١.

كان لوارث وهو التخارج. ويبقى أن نعالج هنا الصورة الأخيرة وهي بيع الوارث لعين معينة بالذات من أعيان التركة قبل سداد الديون.

لو أننا كنا نطبق مبادئ القانون الفرنسي، حيث تنتقل الديون إلى ذمة الورثة كما تنتقل الحقوق، لكان الوارث يستطيع أن يبيع أعيان التركة قبل سداد الديون. فإن هذه الأعيان قد انتقلت إلى ملكيته بمجرد موت المورث وقبول الوارث للميراث، كما أن الديون قد انتقلت إلى ذمته، فله أن يبيع الأعيان، ثم يسدد الديون بعد ذلك ولو من ماله الشخصي.

ولكن مبادئ الفقه الإسلامي تتعارض مع التصویر المتقدم، فديون التركة وفقاً لهذه المبادئ تتعلق بأموالها، فتجب معرفة متى تنتقل أموال التركة للورثة، ومدى تعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال، ويستتبع ذلك أن نتساءل هل يستطيع الورثة أن يتصرفوا في أعيان التركة قبل سداد ديونها.

وقد كان هناك خلاف محتدم في عهد التقنين المدني السابق فيما إذا كانت مبادئ الفقه الإسلامي هي التي تسرى في انتقال أموال التركة إلى الورثة أو هي مبادئ القانون الفرنسي، فانقسم الفقهاء إلى فريقين، فريق يقول بالرأي الأول وكان هو الرأي الراجح، وفريق يقول بالرأي الثاني^(١). وقد حسم التقنين المدني الجديد هذا الخلاف وأخذ صراحة

(١) وأصحاب الرأي الأول يستندون إلى أن المشرع في عهد التقنين المدني السابق قد أحال الميراث على الشريعة الإسلامية، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث، بل أيضاً باعتبار الميراث طريقاً لانتقال الملكية من المورث إلى الوارث. والوارث في الشريعة الإسلامية لا يستمر شخص مورثه ولا يحل محله في التزاماته، بل إن ديون المورث تتعلق بالتركة، وتبقى التركة ضامنة لديونه بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته. ولا يورث الوارث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين. أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة، فإذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة قبل سداد الدين، كان للدائن أن يتبعها في يد المشتري ويستوفي منها حقه. هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك رهن عام بمقدار ديونهم لأن أموال التركة مثقلة بحقوقهم، ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف في أعيان التركة لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات. على أن حق الورثة في التصرف يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يكفي للوفاء بالديون، كل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين، وللدائنين أخذ حقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقي منها كافياً (الأستاذ عبد الحميد بدوي في مجلة مصر العصرية ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها وملاحظات الأساتذة عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠). وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي: استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٢٤ ص ٢٧٧ - استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١/١٤٢ ص ٣٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٨ ص ٨٢٦ - ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧٠ ص ١٦٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦/٤٢٩ ص ٨٧١ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ ص ٥٧١ - ١٧ محكمة مصر ٢٨ يناير

بالرأي الأول، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدني على أن «تعيين الورثة وتحديد

سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ١١٢ - محكمة ططا ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ١/٣٢ ص ١٩٩ - الإسكندرية ٣ أبريل ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٠ ص ٢٥٠ - استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٢ - ١٣ يونيو ١٩٠٠ ص ٣٣٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ - ٢٠ أبريل ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ - ٢ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٤ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٠ - ٩ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٤ ومن أصحاب هذا الرأي الأول من يذهب إلى حد القول بحلول الديون المؤجلة بموت المدين وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامي (الأستاذ علي زكي العرابي في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ ومقال له في المحاماة السنة الأولى العدد الخامس).

أما أصحاب الرأي الثاني فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم، أما في كيفية انتقال المال إلى الورثة فليس هذا متصلاً بالأحوال الشخصية، بل هو داخل في أسباب كسب الملكية، فتسرى فيه القواعد العامة في القانون المدني. ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الخاصة، ويقدم دائنو المورث على دائني الوارث في اقتضاء حقوقهم من أموال التركة، لأن حق الضمان العام الذي كان لهم في حياة المورث لا يزال باقياً كما كان ما دام المالان منفصلين. ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشتري سعي النية. وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق، له أن يطعن في تصرف الوارث بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث. ولكن الوارث يلتزم في أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله، ولا سبيل إلى منعه عن التصرف إلا بالحجر (الأستاذ أحمد عبد اللطيف المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - الأستاذ عبد الوهاب محمد الشرائع السنة الأولى ص ٥٧). وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأي: استئناف وطني ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٣ ص ٤٢ - استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٤ - محكمة الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ القضاء ٤ ص ١٨.

وانظر في هذه المسألة وما احتدم فيها من خلاف الأساتذة أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٤ (وما أشير إليه من مراجع في الفقه القضاء). وانظر بحثاً للأستاذ أحمد إبراهيم في مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٥٧ - ٣٩٨).

وقد أخذت محكمة القضاة، في عهد التقنين المدني السابق، بالرأي الأول. فقضت بأن التركة عند الحفنة، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، تشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى لنحوهم تبعية واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه. وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل في مسائل الموارث بصفة فرعية ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائني التركة التحلل بأن الحقوق العينية في القانون المدني وردت على سبيل الحصر، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانوني الذي لم يرد في التشريع الوضعي، وذلك لأن عينية الحق مقررة في الشريعة الإسلامية، وهي - على ما سبق القول - القانون في

أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها. فلم يقتصر سريان أحكام الشريعة الإسلامية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث، بل امتد أيضاً إلى انتقال أموال التركة إلى الورثة وهذه هي المسألة التي كانت محل خلاف في الماضي، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى (١). إذن لا بد من تطبيق مبادئ الفقه الإسلامي في انتقال أموال التركة إلى الوارث، وفي حكم بيع الوارث لأعيان التركة قبل سداد ديونها. وقد أخذت فعلاً نصوص التقنين المدني الجديد في الميراث وسداد ديون التركة بهذه المبادئ، سواء خضعت التركة لنظام التصفية أو لم تخضع.

فنبحث إذن مسائل خمساً: (١) انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي

الموارث. وإذن فالحكم الذي ينفي حق الدائن في تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلاً، مخالف للقانون (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦).

وقضت أيضاً بأن تصرف الورثة في التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدني من حيث اعتباره من غير مالك، وبالتالي سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة. لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشتري لتعين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا محملاً بحق الدائن العيني، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه تقادماً مسقطاً للحق العيني الذي يثقلها، إذ هذا الحق إنما هو حق نبي لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذي هو تابع له. وبقاء هذا الحق العيني على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه. وإذن فمن الخطأ أن ينفي بالغاء إجراءات نزع الملكية التي يتخذها الدائن على تلك الأرض، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥). ويؤخذ على هذا الحكم الأخير أنه متى قرر للدائن حقاً عينياً عبي العين المورثة يمكنه من تتبع العقار تحت يد المشتري، لم يعد في حاجة إلى إنكار ملكية الوارث للعقار وإلى ترتيب التقادم الخمسي على انعدام الملكية. ولو أن الوارث كان غير مالك حقاً، وباع إلى مشتر حسن النية، لمك هذا بالتقادم الخمسي المبيع خالصاً من حق التركة ودائنها، فهؤلاء لا يمدون أن يكونوا في مركز المالك الحقيقي ومركز من كسب حقاً من هذا المالك، فيسري التقادم في حقهم.

(١) مؤدى نص المادة ٣/١١ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن المشرع الوضعي قرر أخذنا بالمذهب الحنفي أن من كان مريضاً مرض موت وطلق امرأته بائناً بغير رضاها ومات حال مرضه ولزوجته لا تزول في العدة، فإن الطلاق النائم يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره، لأنه أهل لايقاعه إلا أنها ترث مع ذلك بشرط أن تكون أهلاً لارثه من وقت إبانته إلى وقت موته رغم أن المطلقة بائناً لا ترث لانقطاع العصمة بمجرد الطلاق، استناداً إلى أنه لما إبانته حالة مرضه اعتبر احتياطياً فاراً أو هارباً فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الارث.

(حسنة ١٩٧٦/١/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٤٦)

(٢) تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه الإسلامي (٣) انتقال أموال التركة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد (٤) تصرف الورثة في أعيان التركة التي لم تخضع لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد (٥) تصرف الورثة في أعيان التركة التي خضعت لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد.

١٩٠- انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي: من المقرر في الفقه الإسلامي أن ديون الميت تتعلق بما يتركه من أموال، فتصح التركة هي المستولة عن سداد هذه الديون. والدين يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها، إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مالية التركة لا من عين بالذات.

وإذا بحث الفقهاء، في الفقه الإسلامي، متى تنتقل أعيان التركة إلى الورثة، فليس الغرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بأن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من هذا الوقت. فإن ملكية الأعيان تنتقل إليهم والديون متعلقة بمالياتها كما قدمنا، فيقيد هذا من حق الورثة في التصرف كما سنرى. ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون. ونذكر من هذه النتائج اثنتين: (١) نماء أعيان التركة بالزيادة المتولدة - متصلة كانت أو منفصلة - كالثمرة والولد والريع والسمن، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكاً للميت، فيضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصاياه. وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فإن هذا النماء يكون ملكاً للورثة، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصاياه. (٢) نفقات أعيان التركة، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان، تكون على التركة فيما إذا بقيت ملك الميت. أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث، فإن هذه النفقات تكون على الورثة، حتى إذا بيعت أعيان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعيان لسداد الديون. وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقتها، والغرم بالغنم.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة، ومنها ما ميز بين حالة وحالة.

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين، مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها.

وعند الشافعية والحنابلة تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، مع تعلق الدين بها على النحو الذي قدمناه، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها. وفي المذهب الحنبلي، إلى جانب هذا القول، قول آخر يذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت إلى أن يسدد الدين، وهو قول يتفق مع مذهب مالك.

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها. فإن كان الدين مستغرقاً، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة. بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون، ولا يكفي أن يدفعوا قيمة التركة، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي. وفي قول آخر يكفي لاستحلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدينين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون. وأما إن كان الدين غير مستغرق للتركة، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال. وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين، وهذا الرأي يتفق مع مذهب الملكية. وهناك رأي ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأموال ما يكفي لسداد الدين، وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة (١).

١٩٩- تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه الإسلامي: اختلفت المذاهب الفقهية في صحة هذا التصرف، ولكن اختلافها لا يتفرع حتماً على اختلافها في الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الوارث بمجرد موت المورث بصحة تصرف الوارث قبل سداد الدين، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف وسرى بعد عرض المذاهب في هذه المسألة أن هذا ليس مطرداً.

فعند المالكية، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين، يقتضي منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلاً سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق. ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب، وليس مبنياً على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة. والرأي الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث، أو ينزل عن دينه، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين. لا فرق في ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق. وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع، فلذلك حالتان. الأولى أن يكون الوارث عالماً بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بالدين، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته. والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولا يكون الميت مشهوراً بأنه مدين، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن الذي قبضه من المشتري سواء كان فيه وفاء

(١) أنظر عرضاً مفصلاً لهذه المذاهب وللأدلة التي يحتج بها كل مذهب في مقال للأستاذ على الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨-١٧٤

بالدين أو لم يكن، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حابه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الحابه فقط (١).

والحنابلة كالمالكية عندهم رأيان: أحدهما أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء المدينين بغير إذن الغرماء، باطل، والثاني أنه صحيح نافذ ما دام لم يمس حقوق الدائنين. ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة، فمن قال منهم إنها لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ذهب إلى بطلان تصرف الوارث قبل السداد، ومن قال أنها تنتقل فوراً بموت المورث ذهب إلى صحة هذا التصرف (٢).

وعند الشافعية، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة، ولو كان الدين غير مستغرق

(١) وقد جاء في المدونة الكبرى في هذا الصدد: «قلت رأيت رجلاً هلك وترك مالا وترك ديناً للناس عليه، وليس في مال هذا الذي ترك وفاء لحق واحد من الغرماء، فأخذ الوصي المال أو أخذته الورثة فقضوه رجلاً واحداً وهم لا يعملون بالدين لهم الدين، أو كانوا يعملون فقضوا واحداً من الغرماء دون بقيتهم. قال إذا لم يعلموا بقيّة الغرماء ولم يكن الميت موصوفاً بالدين، فلا شيء على الوصي ولا على الورثة. فإن علموا أو كان موصوفاً بالدين، فعليهم ما يصيب هؤلاء إذا تخاصموا، ويرجع الورثة أو الوصي الذي اقتضى المال بما غرموا لهؤلاء الغرماء. وإن كانوا لم يعلموا، فإنما يتبع الغرماء الذين استوفوا المال، ولا يكون على الوصي ولا على الورثة شيء. قلت وهذا قول مالك، قال نعم هو قوله ... قلت رأيت إن باع الورثة تركة الميت فأكلوها واستهلكوها، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت، قال قال مالك إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين، فيأخذ الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه، كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه، ولا يجوز بيع الورثة، والبيع الذين اشتروا الورثة. وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم، اتبع الغرماء الورثة، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل، ولا يأخذون من الدين اشتروا ما في أيديهم. قال ابن القاسم أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا، وهو رأي. سحنون عن ابن وهب قال مالك في الرجل يهلك وهو مدين أو غير مدين معروف كلاهما في حاله، ثم يبيع الورثة أمواله فيقتسمونها: ثم يأتي دين على هذا الميت، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا. قال أما الذي يعرف بالدين ولا يجهل أمره، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا، ويبيع الذين اشتروا الورثة بأموالهم. وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين، فإنما يبيع غرماءه الورثة بشئ ما باعوا كان فيه وفاؤهم أو لم يكن» (المدونة الكبرى جزء ١٣ ص ٥٧-٥٩).

(٢) وقد جاء في المغني في هذا الصدد: «حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة؟ روايتان: إحداهما لا يمنعه، للخبر ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله. فإن تصرف الورثة في التركة ببيع ونحوه، صح تصرفهم، ولزمهم أداء الدين، فإن تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم، كما لو باع السيد عبده الحاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة. والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية، فلا يشت لهم الملك قبلهما. فعلى هذا لو تصرف الورثة، لم يصح تصرفهم، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم، إلا أن يأذن الغرماء لهم. وإن تصرف الغرماء، لم يصح إلا يأذن الورثة» (المغني جزء ٤ ص ٤٨٧).

للتركة. ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين، فيتعلق الدين بها كما يتعلق بالرهن، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع العين المرهونة. وكان مقتضى ذلك أنه يجوز للوارث بيع مال التركة باذن الدائن، ولكنهم مع ذلك لا يجيزون التصرف ولو باذن الدائن، لأن الدين لا يزال معلقاً بنفس الميت، بخلاف الرهن فإن إذن المرتهن يسقطه. فالشافعية إذن يذهبون إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة بأي دين، ولو لم يكن مستغرقاً، قبل سداده تصرف باطل وللدائنين أن يتبعوا أعيان التركة في يد المشتري، وللمشتري الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن. ويستثنى من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الدين، فهو صحيح إذا كان باذن جميع الدائنين، أو باذن القاضى إذا لم يكن الثمن أقل من القيمة. وهناك رواية أخرى في مذهب الشافعى أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة، لأن الدين حق نفع بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض، فإن قضى الوارث الدين نزع تصرفه، وإن لم يقضه فسخ التصرف^(١).

وعند الحنفية، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث إذا كان الدين غير مستغرق وإلا فببقائها على ملك الميت، لا يجوز مع ذلك للوارث حق التصرف لحسابه الشخصي، وإلا كان التصرف باطلاً، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة. ويتبع الدائن المعين في يد المشتري لبطالان التصرف، ويرجع المشتري على الوارث بما أدى من الثمن. على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن الميت أن يتصرف في أموال التركة لمدينة لسداد الدين، ويصح تصرفه في هذه الحالة. وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطالان التصرف، إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث يتصرف لحسابه الشخصي. أما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين، وتصرف الوارث لحسابه الشخصي، كان التصرف صحيحاً نافذاً ما بقي في التركة ما بقي بسداد الدين، أو أجاز الدائن التصرف^(٢).

(١) وقد جاء في المذهب في هذا الصدد: «ومن مات وعليه دين، تعلق الدين بمال كما يتعلق بالحجر في حياته... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضي الدين، ففيه وجهان: أحدهما لا يصح، لأنه مال ممنوع به دين، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون. والثاني يصح، لأنه حق نفع بالمال من غير رضا المالك، فلم يمنع التصرف كمال المريض. وإن قلنا إنه يصح، فإن قضى الوارث الدين نقد تصرفه، وإن لم يقض فسخا. وإذا قسم مال المقتلس أو مال الميت بين الغرماء لم يظهر عريم حر، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا عريم له غيرهم، فإن بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد الصريح بخلافه» (المذهب جزء أول ص ٣٢٧).

(٢) وقد جاء في النيسوط للسرحدى: «الدين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة، وإن لم يكن محيطاً فكذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله الأول، وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يحلف بالمورث في المال والمال كان مملوكاً للميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون، فكذلك يكون ملكاً للوارث. وحجتنا في ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو

ويخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب في هذه المسألة أن الأساس الذي يقوم عليه تقييد حق الوارث في التصرف قبل سداد الدين هو حماية الدائن، وليس هو إعدام الملكية أو وجودها عند الوارث. واختلاف الأقوال يرجع إلى اختلاف الطريقة التي يحمى بها حق الدائن. فمن الأقوال ما يضمن في حماية الدائن إلى حد أن يبطل تصرف الوارث قبل سداد الدين، وهذا قول في كل من المذاهب الأربعة. ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحاً بشرط ألا يمس حق الدائن، فينفذ التصرف بإجازة الدائن أو بيزوله عن دينه أو ببقاء مال في التركة يكفي لسداد الدين، وهذا قول آخر في كل من المذاهب الأربعة كذلك.

١٩٢- انتقال التركة المدينة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد: وقد عني التقنين المدني الجديد بتنظيم القاعدة الفقهية التي تقضى بالأثر التركة إلا بعد سداد الدين، وهي قاعدة التي رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت في تحديدها وفي استخلاص نتائجها. فأورد نظاماً مفصلاً لتصفية التركات المدينة، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع الفقه الإسلامي في الميراث، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب، بل أيضاً في كيفية تقال أموال التركة إلى الورثة كما سبق القول.

وتنجز هنا ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد ديون. وقد انطوى التقنين المدني في هذا الصدد على مبادئ رئيسية ثلاثة، استقيت كلها من مبادئ الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة:

١- دين، فقد جعل الله تعالى أداء الميراث بعد قضاء الدين، والحكم لا يسبق أوامره. فيكون حال الدين كماله في حياة المورث في المعنى، ثم للوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه. وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته، وقيام الأصل بمنع ظهور حكم الخلف. ولا يقال يبقى مملوكاً بغير مالك، تبقى مالكية المدين في ماله حكماً لبقاء حاجته» (المبسوط جزء ٢٩ ص ١٣٦ - ص ١٣٨).

وجاء في الزيلعي: «إن الدين يجب في الذمة.. ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة. ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر.. بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويطلبه من محل آخر.. ولأبي يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة، ولهذا لا يثبت المالك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين» (الزيلعي جزء ٦ ص ٢١٤). وجاء في حاشية الشلبي على الزيلعي (جزء ٦ ص ٢١٤): «إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، فأراد الوارث استحلاص التركة ونقد المال، يجبر رب الدين على القبول. لأن عند استغراق التركة بالدين، وإن كان لا ملك لهم، ولكن لهم حق استحلاص التركة أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً، كان للقاضي أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء. والأصح لو فقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول، لأنه ليس له ولاية استحلاص التركة بخلاف الورثة والدين إذا كان زائداً على التركة، فللورثة ولاية استحلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة، كالعهد الجاني إذا فداء مولا فداء بارث».

أولاً- تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث (1)، مع تعلق حقوق الدائنين بها. فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن، ولكنه رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين، فهو رهن قانوني. ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث (2) (1).

ثانياً- ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذي أسلفناه.

ثالثاً- ويكون سداد الديون، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية، بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن بنفسه، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن، وذلك إما عن طريق الحجز على هذه الأموال وهي في يد الورثة (3)، وإما عن طريق تتبعها والحجز عليها في يد الغير إذا تم الشهر الذي أسلفنا الإشارة إليه - ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية، تماثل حالتهم قبل موته. فمن سبق

(1) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن التركة، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائني المتوفى، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه. هذا الحق العيني يتوافر له خصيصاً التتبع والتقدم لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سيئ النية، وأنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالرهون (دمنهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ ص ٥٧٥ من ١٥٧٠).

(1) مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع لم يجعل شهر حق الارث شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث وانما تؤول هذه الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة واكتفى المشرع في مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الارث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث في أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته.

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٥٩٩)

(2) تركة المدين تنشط بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة.

(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧٧٤)

(3) شخصية الوارث تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته ولا يقال أن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد كونه وارثاً، إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتسا لذلك لا يعتبر الوارث الذي خلصت له ملكيته أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولاً عن التزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير في هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص ١١٣٥)

منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه. على أنه لا يجوز لأى دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ٢/١٠٨٥ مدني). أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصفي نيابة عن التركة. ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه، بل يقوم المصفي في التركة - كما يقوم أمين التفليسة - بجرد أموال التركة وحصر الديون التي عليها وسدادها وتوزيع ما بقي بعد السداد على الموصي لهم والورثة. وإن ضاقت التركة بوفاء الديون، نحاص الدائنون، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه، ولم يأخذ الموصي لهم والورثة شيئاً.

١٩٣- تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي لم تخضع لنظام التصفية: ونخصص القول هنا في حكم تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة قبل سداد الدين إذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية. وقد قدمنا أن حقوق الدائنين تتعلق بأعيان التركة أشبه ما تكون بحق رهن، وأنه لا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق من تصرف له الوارث، ويكون الشهر بتأشير الدائن بدينه في خلال سنة من شهر حق الإرث، ويجرى التأشير أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية.

فإذا تم التأشير على هذا النحو، استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها، فيتبعها في يد من وقع التصرف لهم. وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدني، إذ تنص على ما يأتي: «إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة: جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون (١)». وأحكام القانون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري، وتجري على الوجه الآتي: «يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٢)».

(١) أنظر في عهد التقنين المدني السابق: استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٧.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد. «ومؤدى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في الميعاد المشار إليه يحفظ له حقه مطلقاً قبل الغير، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير. أما بعد هذا الميعاد، فالعبرة بأسبقية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث. ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر الإرث. أما إذا لم يشهر حق الإرث، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه، والمفروض أنها تكون باقية على -

وتطبيقاً لما قدمناه نقرر أن الوارث قد باع عقاراً في التركة قبل أن يسدد ديونها. فإذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحو الذي أسلفناه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر، كان له أن يتبع العقار تحت يد المشتري، كما كان يتبعه لو أنه كان دائناً مرتين، فيستوفي حقه منه، حتى لو كان البيع مسجلاً قبل تأشير الدائن بدينه ما دام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث كما سبق القول. ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشتري منه عقارات للتركة، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث^(١)، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان دائن للتركة أشر بدينه حتى يتعامل مع

ملك الوارث إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته. وللدائن في جميع الأحوال، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أى بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث. بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث)، ولم يؤثر الدائن بدينه، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق الغير. وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن، فللدائن الذي لم يؤثر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن. وبما نقدم يرى أن المادة ١٤ مكملية للمادة ١٣ التي أوجبت شهر الإرث حتى يستطيع الوارث التصرف في عقارات التركة. وقد أخضعت المادة ١٤ ديون الغرماء لنظام التأشير الهامشي، ولم توجب شهرها استقلالاً بطريق التسجيل. فإذا أهمل الوارث شهر حقه، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه، مع بقاءه محمياً بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون، فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها كما لو كانت مرهونة بها. وانظر الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٥٩ ص ١٩٦ - والأستاذ محمد على عرفه في الاتجاهات الحديثة في الميراث ونصفية التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن «لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعوناً فيه طعناً جدياً». فيجوز إذن أن يطلب المحر الوارث أو دائن آخر للتركة أو دائن شخصي للوارث أو مشتر من الوارث بضمه التأشير فيطلب محوه.

والأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائتي التركة فلا يتقدم أحدهم على الآخر لحد أنه أشر بحقه قبله. ولكن الدائن الذي أشر في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير، ولا يستطيع هذا التتبع الدائن الذي لم يؤثر في خلال هذه المدة (الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ - الأستاذ محمد على عرفه المقال المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٧).

(١) أما قبل شهر حق الإرث، فإن القانون لا يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق أثره. وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد: «يجب شهر حق الإرث بتسجيل إنشائات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم. وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق».

الوارث على هذا الأساس. فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن، وإما أن يجعل الوارث يقبض بالدين، فإن لم يفعل لا هذا ولا ذاك عرض نفسه لإجراءات التتبع التي يقوم بها دائن التركة^(١).

فإذا لم يقم الدائن بالتأشير بدينه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، لم يعد حقه نافذاً في مواجهة المشتري إذا سجل المشتري البيع قبل أن يقوم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة^(١). فإذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلاً، فإن كان المشتري قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تتبع العقار في يده، ما لم يكن المشتري سعي النية متواطئاً مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يطعن في البيع بالدعوى البوليصية. وإن كان المشتري قد سجل البيع بعد تأشير الدائن، كان للدائن أن يتبع العقار في يد المشتري وأن يستوفي منه حقه^(٢). وفي جميع الأحوال يجوز للدائن، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار، أن يستوفي حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث، كما

(١) يبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار، كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهوناً رهناً رسمياً، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمى إلى غيره من الحقوق الماثلة إلا بصح في القانون. ولذلك جاز التطهير في حق الاحتصاص لوجود هذا النص (م ١٠٩٥ مدني)، ولم يجر في الرهن الحيازي لانعدامه.

(٢) الأستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص ٩٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٩٩ ص ٢٩٦ - وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث، ثم باع الوارث العقار ذاته، فإن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تنى شهر حق الإرث أو أشر بدينه باعتباره دائناً للتركة في خلال هذه المدة، حتى لو سجل المشتري من الوارث عقده قبل ذلك. أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر بالدين بعد انقضاء السنة، فالعبرة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التسجيل أو التأشير. ومنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي (انظر فقرة ٢٧٠).

(١) مفاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري مرتبطاً بنص المادة ١٣ منه وبما أورده المشرع بالذكر الإيضاحية لذات القانون، أنه وإن كان أعمال المفاضلة في مقام الملكية لا يتم إلا على أساس الأسبقية في الشهر طبقاً للمادة التاسعة من القانون المشار إليه، إلا أن المشرع في سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث مع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه في الإرث، فإذا كان الإرث لم يشهر فإن المشتري من الوارث لا يستطيع الاحتجاج بعقده في مواجهة دائتي التركة ومنهم المشتري من المورث بعقد غير مسجل، أما إذا شهر حق الإرث فقد خول المشرع دائن التركة بما فيهم المشتري لعقار من المورث إذا لم يكن قد سجل عقد شرائه - وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهي المبادرة إلى التأشير بحقوقهم في هامش حق الإرث خلال سنة من حصوله فإذا لم يؤثر الدائن بحقه إلا بعد انتهاء هذا الميعاد داته يفقد الحق في الاحتجاج بالتصرف الصادر إليه من المورث في مواجهة المشتري من الوارث على أساس من الحماية المقررة له بموجب المادة ١٤ السالفة الذكر

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام القضاة السنة ١٧ ص ١٥٩٩)

له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان قد باع العقار غشاً وإضراراً بحقوق الدائن ولو لم تتوافر شروط الدعوى البوليصية.

أما إذا كانت العين التي باعها الوارث قبل سداد الدين مقبولة، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه في هذا البيع وينظر في هذه الحالة إلى المشتري، فإن كان سعي النية، أي يعلم أن المنقول الذي يشتريه هو من أموال تركه لم تسدد ديونها، جاز للدائن أن يتبع هذا المنقول في يد المشتري وأن يستوفي حقه منه. أما إذا كان المشتري حسن النية، فقد ملك المنقول بالحيازة، ولا يستطيع الدائن أن يتبعه في يده، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث. فإن لم يجد شيئاً يستوفي منه حقه، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سعي النية أي يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد.

١٩٤- تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي خضعت لنظام التصفية: وقد تخضع التركة المدينة لنظام التصفية. ونبادر إلى القول إن كل تركه لا تخضع حتماً لهذا النظام، بل إن الكثرة الغالبة من الشركات لا تخضع له، لما فيه من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة، مما يجعل النظام غير صالح إلا للشركات الكبيرة الكثيرة الديون. ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأي من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضي، فإن لم ير موجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام^(١). وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته. فإن عين وصياً للتركة، وأقر القاضي هذا التعيين، فإنه يسرى على وصى التركة ما يسرى على الموصى من أحكام (م ٨٧٨ مدني). وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدني في خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية: «إذا لم يعين المورث وصياً لتركته، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها، عينت المحكمة، إذا رأت موجباً لذلك، من تجمع الورثة على اختياره. فإن لم تجمع الورثة على أحد، تولي القاضي اختيار المصفي، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء».

فإذا خضعت التركة للتصفية، قام مقام تأشير الدائن بدينه على النحو الذي يبينه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي. وقد نصت المادة ٨٧٩ مدني في هذا الصدد على

ما يأتي: ١- على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصفي وتثبيت أوصياء التركة في سجل عام تدون فيه أسماء الورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن يؤشر في هامش السجل بكل أمر يصدر لعزل، وبكل ما يقع من تنازل. ٢- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤. فأى تصرف يصدر من الوارث، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، لا يكون نافذاً في حق دائني التركة، ولهؤلاء أن يتبعوا العقار المبيع في يد المشتري على النحو الذي يبينه تفصيلاً في حالة تأشير الدائن بدينه في خلال السنة. أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث، فالعبرة بالأسبقية في الشهر كما سبق القول. وكذلك للدائنين تتبع مقولات التركة التي يبيعها الورثة قبل سداد الديون، ما لم يكن المشتري حسن النية على التفصيل الذي أوردناه فيما تقدم. بل إن الوارث إذا تصرف غشاً في شيء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية، عوقب بعقوبة التبديد كما سنرى.

على أن نظام التصفية ذاته يقضي بغل يد الورثة عن التصرف في أعيان التركة، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول. فيقوم المصفي، كما قدمنا، بمجرد أموال التركة، وحصر الديون التي عليها، وسدادها وتوزيع ما بقي بعد السداد على الموصى لهم والورثة. ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أي إجراء، كما لا يجوز لهم أن يستمروا في أي إجراء اتخذوه، إلا في مواجهة المصفي (م ١/٨٨٣ مدني). ولا يجوز للوارث، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث، أن يتصرف في مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة (م ٨٨٤ منه). وعلى المصفي أن يكلف دائني التركة ومدنيها أن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وأن يودع قلم الكتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال (م ٨٨٦-٨٨٧ مدني). ويعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة، ولو كان وارثاً (م ٨٨٩ مدني). ثم تصفى المنازعات في صحة الجرد، ولو عن طريق دعاوى أمام المحاكم المختصة، ويقوم المصفي بعد ذلك بوفاء ديون التركة. ولكن عليه في حالة إعسار التركة أو احتمال إعسارها، أن يقف تسوية أي دين حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م ٨٩٢ مدني). ويجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة بشروط معينة، فإذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث. وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس

(١) ويرى من ذلك أن ما يوجهه الأستاذ محمد أبو زهرة، في كتابه أحكام الشركات والموارث (ص ٦٤-٧٤)، من الانتقاد لنظام التصفية، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة وإجراءات طويلة، لا محل له. فهو ليس بنظام إجباري، بل هو ليس بنظام اختياري يحوز لذوى الشأن يطبقونه متى شاءوا. وإنما هو نظام وضع لتصفية الشركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شؤونها، فالنظام ملائم لكل اللائمة لمثل هذه الشركات. والقاضي وحده هو الذي يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (انظر من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ ص ١٥٩ هامش رقم ١).

هذا التأمين. فان استحالة تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أى تسوية أخرى، رتب المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ١/٨٩٥، ٢ مدني). وبعد تسوية الديون على هذا النحو، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على أموال التركة، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم (م ٨٩٧ مدني).

وبعد أن يقوم المصفي بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف الوصايا وغير ذلك^(١)، يخلص ما بقي من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعي، ويسلم المصفي لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م ٨٩٩ - ٩٠٠ مدني). وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاناً شرعياً أو ما يقوم مقام هذا الإعلان شهادة تقرر حقه في الإرث، وتبين مقدار نصيبه منه، وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م ٩٠١ مدني). وهذه الشهادة هي التي يسجلها، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه. وهي تبين له من وقت تسلمها التصرف في هذه الأموال، كما سبق القول. على أنه يجوز للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التي يحتاج لها في تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضاً منها، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها (م ٩٠٠ مدني). وغنى عن البيان أن الوارث الذي يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث.

٥- بيع المحجوز عليه والمعسر

١٩٥- بيع المحجوز عليه: يبدأ التنفيذ على عقار المدين بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين (م ٤٠١ مرافعات). ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م ٤٠٤ مرافعات).

فإذا ما تم التسجيل التنبيه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً، لم يعد يجوز لمالك العقار المحجوز، سواء كان هو المدين أو الحائز للعقار، أن يبيعه. وبيع المالك العقار لا يكون نافذاً في حق الدائن الحاجز ولا في حق الراسي عليه المزداد، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. فان سجل التنبيه قبل تسجيل البيع، كان البيع غير نافذاً في حق هؤلاء. وقد كان تقنين المرافعات الوطني الأسبق لا ينص صراحة

(١) ويدخل، لتنفيذ الديون والوصايا، في مال التركة نماؤها. ويتفق هذا مع رأى الكثيرين من الحائبة مهم يجعلون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنماؤها لتصلها بأصل النماء (الأستاذ على الخفيف في المقال المشار إليه ص ٢٢٠ - الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٧).

على هذا الحكم، وإن نص عليه تقنين المرافعات المختلط^(١). فأختلف الرأي في تحديد الوقت الذي يمنع فيه المحجوز عليه من بيع عقاره أهو وقت تسجيل التنبيه أم هو وقت البيع بالمزاد^(٢). ولكن تقنين المرافعات حسم هذا الخلاف، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنبيه، إذ نصت المادة ٤٠٥ مرافعات على أنه «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية».

وأجازت المادة ٣٠٢ من قانون المرافعات في أية حالة كانت عليها الاجراءات قبل إيقاع البيع إيداع مبلغ من النقود مساوي للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف يخصص للوفاء بها دون غيرها. ويترتب على هذا الإيداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع. وإذا وقعت بعد ذلك حجز جديدة على المبلغ المودع فلا يكون لها أثر في حق من خصص لهم المبلغ.

ويخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية - فلا يكفي إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه - لا يكون نافذاً في حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه والراسي عليه المزداد^(٣). فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا إجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع، إذ هو غير سار في حقهم، وللراسي عليه المزداد أن يخلص بالعقار دون أن يحتج عليه بالبيع^(٤). فإذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذي رسا به المزداد، وبقي فضل، فهذا الفضل للمشتري، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع. وللمشتري بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، كما أن له أن يفسخ البيع، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة. ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البوليصية، فقد فرض القانون أن المشتري الذي سجل البيع بعد تسجيل التنبيه يعلم بالحجز

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط نص على أنه «لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنبيه أن يتصرف في العقارات المذكورة في التنبيه، وألا كان التصرف باطلاً من تلقاء نفسه وبلا حاجة إلى حكم بذلك».

(٢) وكانت محكمة النقض تقضي بأن المدين يبقى على حقه في التصرف في العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائي ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١١٥ - نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمرا رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨).

(٣) ولكنه لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، بل يكون بيعاً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشتري.

(٤) الأستاذ رمزي سيف في قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ ققرة ٢٤١ وما بعدها - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ٢٨٧ - ققرة ٢٨٨.

وأنه متواطئ مع مالك العقار، ومن ثم يكون البيع غير نافذ في حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذي وقع إضراراً بحقوق الدائنين في الدعوى البوليصية.

ويترتب على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز، إذا سجل بعد تسجيل التنبيه، ينفذ مع ذلك في حق الدائنين (١) في الأحوال الآتية: (١) إذا قام المشتري قبل اليوم المحدد للبيع في المزاد بإيداع مبلغ يكفي للوفاء بأصل الدين والقوائد والمصروفات التي للدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل، مع إعلانهم جميعاً بالإيداع. وهذا ما تصر عليه صراحة المادة ٣٠٢ مرافعات. (٢) إذا نزل الدائنون الحاجزون والدائنون المقيدة حقوقهم عن الإجراءات التي اتخذت، بأن وجدوا مثلاً أن المشتري قد اشترى العقار بضمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار في المزاد. وفي هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشتري والبايع (٢).

١٩٦- بيع المعسر: من أهم مزايا شهر إعسار المدين عدم نفاذ تصرفات المدين في ماله (٣). فالبيع الذي يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يسرى في حق الدائنين، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المشتري. وقد نصت المادة ٢٥٧ مدني صراحة على هذا الحكم، إذ تقول: «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسرى في حقهم أي وفاء يقوم به المدين». ويلاحظ أن النص هنا لم يشترط، ليكون البيع نافذاً في حق الدائنين، أن يكون مسجلاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فيكفي أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ في حق الدائنين، ولو سجل بعد تسجيل هذه الصحيفة. وهذا بخلاف ما رأيناه في البيع الصادر من المحجوز عليه، فإنه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنبيه ليكون نافذاً في حق الدائنين.

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البايع والمشتري. ولكنه لا ينفذ في حق الدائنين، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا. فللدائنين أن ينفذوا على العين المبيعة،

(١) ويبقى بطبيعة الحال قائماً فيما بين المشتري والبايع، دون أن يرجع المشتري على البايع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ.

(٢) ولا يجوز للمشتري أن يجيز الدائنين على قبول الثمن الذي اشترى به العقار، ولو كان ثمن المثل أو أكمله إلى ثمن المثل. فهذا الإيجار لا يكون إلا بنص كنص المادة ٢٥٨ مدني بالنسبة إلى المشتري من المدين المعسر كما سنرى - لجواز أن يحصل الدائنون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع العقار في المزاد.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٧٠٨.

فيرجع المشتري على المدين بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدي إذ المفروض أن المدين معسر. وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها، بقيت في ملك المشتري، لأن البيع لا يزال قائماً كما قدمنا. وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه، بقي التصرف غير نافذ في حق الدائنين، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمشتري.

على أن البيع ينفذ في حق الدائنين إذا كان بضمن المثل أو أكمل إلى ثمن المثل، وأودع الثمن كله بما في ذلك تكملة الثمن في خزنة المحكمة على ذمة الدائنين. وقد نصت المادة ٢٥٨ مدني على هذا الحكم، أي تقول ١- يجوز للمدين أن يتصرف في ماله، ولو بغير رضا الدائنين، على أن يكون ذلك بضمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزنة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع. ٢- فإذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار في حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل (١).

٦- بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي

١٩٧- المسائل التي يثيرها قانون الإصلاح الزراعي بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية: لا نعرض هنا إلى قانون الإصلاح الزراعي (٢) إلا في بعض المسائل الهامة التي يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية، لا سيما ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم. فترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة في خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان التي يستبقها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة، وترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذي تدفعه الحكومة للملاك الأراضي الزراعية في مقابل الاستيلاء على أراضيهم، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن، والأحكام الخاصة بجمعيات التعاون الزراعي، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث في عقد البيع فوق أنها أحكام تسم كثيراً أو قليلاً بالوقفية (٣).

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين، وهما ذاتا صفة دائمة وتدخلان في نطاق

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى البوليصية من أنه «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزنة المحكمة».

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢.

(٣) انظر في ذلك أحكام الإصلاح الزراعي للأستاذ عثمان حسين عبد الله وشرح قانون الإصلاح الزراعي للأستاذ محمد علي عرفة والبيع. للأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٠ - فقرة ٣٠٤.

عقد البيع: (١) القاعدة الأساسية التي وضعها قانون الإصلاح الزراعي من علم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتين فدان، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم. (٢) الحد من تجزئة الأراضي الزراعية (١).

١٩٨ - عدم جواز تملك أكثر من مائتي فدان: تنص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي على أنه لا يجوز لأي شخص أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله (٢). وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى، فضلاً عن مصادرة ثمن الأراضي الواجب الاستيلاء عليها. ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يعتمد من مالكي الأراضي التي يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها... (٣).

(١) أما تحديد علاقة مستأجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعي، فهذه أحكام دائمة هي أيضاً، ولكنها لا تدخل في نطاق عقد البيع، ومكان بحثها هو عقد الإيجار وعقد العمل.

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتي: «استثناء من حكم المادة السابقة: (أ) يجوز للشركات والجمعيات أن تملك أكثر من مائتي فدان في الأراضي التي تستصلحها لبيعها، وذلك على الوجه المبين في القوانين واللوائح. (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتي فدان من الأراضي البور والأراضي الصحراوية لاستصلاحها. ولا يسرى على هذه الأراضي حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك، هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة. (ج) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعي ولو زاد على مائتي فدان. (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتي فدان. (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك من الأراضي الزراعية ما يزيد على مائتي فدان على ألا تتجاوز ما كانت تملكه قبل صدوره. ويجوز لها التصرف في القدر الزائد على مائتي فدان وفقاً لأحكام المادة ٤، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدي إليها التمريض نقداً على أسس حكم المادة ٥. (و) ويجوز أيضاً للدائن أن يملك أكثر من مائتي فدان إن كان سبب الزيادة هو نوع ملكية مدينه ورسو المزداد على الدائن طبقاً للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات، ويجوز للحكومة بعد مضي سنة من تاريخ رسو المزداد أن تستولي على الأطنان الزائدة على مائتي فدان بالتمن الذي رسا به المزداد أو نظير التمريض المحدد في المادة ٥ أيهما أقل. وإلى أن تستولي الحكومة على الزيادة يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقيد بشروط المادة ٤. وكذلك يستثنى الوقف».

(٣) ومن أهم أمثلة التعطيل أن يخفى المالك ما يمتلكه من أطنان تزيد على القدر المسموح بامتلاكه: كأن يقدم إقراراً غير صحيح بما يملك، أو كأن يصطحب عقوداً صورية يسمي من ورائها إلى التهرب من أحكام القانون. ومتى تكشفت الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضي الزراعية مع مصادرة ثمن هذه الأطنان فلا يدفع شيء للمالك، ويعاقب هذا فضلاً عن ذلك بالحبس. وقد يعتمد بعض الملاك إلى إفساد الأراضي التي تستولي عليها الحكومة، فيخربها بالخط =

ويخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يمتلك من أراضي مصر الزراعية أكثر من مائتي فدان أيّاً كانت درجة جودتها، فالعبرة بعدد الأطنان لا بتربتها. فإذا كان شخص يملك - يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ (م ٣) - أكثر من مائتي فدان، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان التي يستقيها المالك لنفسه (م ٣). وبعد ذلك لا يجوز للشخص، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتي فدان، أن يكسب بأي سبب من أسباب كسب الملكية أي أرض زراعية فوق مائتي الفدان إذا كان يملك هذا المقدار أو أي أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتي فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار.

وهو يكسب من الأراضي الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة، وإما بسبب غير إرادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقاعد.

١٩٩ - التملك بالميراث والوصية والتقاعد: فإذا كان الشخص يملك مائتي فدان أو أقل، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان، صح التملك، لأنه تم إما بتصرف قانوني لا يتعلق بإرادة المالك وهذه هي الوصية، وإما بواقعة مادية لا بتصرف قانوني وهذا هو الميراث أو التقادم. ولكن تستولي الحكومة، بعد أن أصبح الشخص يملك أكثر من مائتي فدان، على ما يزيد على هذا المقدار بالطرق والإجراءات التي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي. وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن «كل شخص أصبح مساحاً الأطنان التي يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتي فدان بأي سبب، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك، يلزم بتقديم الإقرار سالف الذكر (وهو إقرار بمهد الملكية) على ما يجاوز مائتي الفدان) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية» (١).

٢٠٠ - التملك بالعقد: أما إذا تملك الشخص بالعقد - والغالب أن يكون عقد بيع

= من معدنها أو باضعاف تربتها أو بتآلف ملحقاتها من عزب ومبان وزرايب ونحو ذلك حتى يفوت على من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس.

(١) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز مائتي الفدان، قياساً على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة. ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد في المادة ٢ من اللائحة التنفيذية كما رأينا، فوق أنه يقتض الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تقرره الشريعة الإسلامية. فيجب إذن أن يؤول إلى الموصى له جميع المقدار الموصى به ما دام لا يجاوز ثلث التركة، وبعد ذلك تستولي الحكومة في مقابل تعويض يستحقه الموصى له على ما يزيد على مائتي الفدان. وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب، لا لمصلحة الورثة.

ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة^(١) والهبة - ما يجعل الأراضي الزراعية التي يمتلكها أكثر من مائتي فدان، فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي إذ تقول: «وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً، ولا يجوز تسجيله».

ولا عبء في بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشتري أو بسوء نيته، فقد يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلاً. على أن حسن نية المشتري هنا لا يمكن إلا أن يكون مقترناً بالإهمال، فالمشتري مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فإذا جهل ذلك كان هذا تقصيراً منه.

ويستوى في بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتي فدان فيكون ما يملكه بالعقد مقداراً زائداً على النصاب الجائر تملكه، كما لو اشترى عشرين فداناً وكان يملك قبل ذلك مائتي فدان، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتي فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان، كما لو اشترى أربعين فداناً وكان يملك قبل ذلك مائة وثمانين. وفي الحالة الثانية يكون البيع باطلاً في الأربعين فداناً كلها، لا فيما يجاوز مائتي فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة، فهو يقول: «كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً»، ولأن الصفقة لا تتجزأ فلا يمكن جعلها صحيحة في عشرين فداناً في الشيوع وباطلة في العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشتري.

والعقد الذي يعتبر باطلاً هو العقد الذي يصدر في تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعي، أو العقد غير الثابت التاريخ. أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فإنها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها، إذ ليس لقانون الإصلاح الزراعي في هذه المسألة أثر رجعي^(٢). فإن كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائر تملكه، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد.

٢٠١ - التملك بالشفعة: ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وهو لا يستطيع أن يجرى الصفقة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيما لا يجعله يجاوز مائتي الفدان^(١)، لأن تجزئة الصفقة غير جائزة في الشفعة. والشفعة

(١) فيقايض بدار مثلاً على أرض زراعية، أو يقايض بقعة أرض زراعية على قطعة أرض زراعية أكبر منها.

(٢) الأستاذ عثمان حسين عبد الله في أحكام الإصلاح الزراعي ص ١١.

(١) حكم الشفعة وإن كانت سبباً مستقلاً لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد، إذ يحكم الشفعة تصرف آثار عقد البيع إلى الشفع، لأن الملكية في حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسب بعمل =

تتطوى على واقعة مادية وتصرف قانوني، وهذا التصرف القانوني - وهو إرادة الأخذ بالشفعة - سبب يتعلق بإرادة المالك، فشأنه شأن البيع في عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب^(١).

٢٠٢ - الحدد من تجزئة الأراضي الزراعية: تنص المادة ٢٣ من قانون الإصلاح الزراعي على أنه «إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الأراضي الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية، وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تزول إليه ملكية الأرض منهم. فإذا تعذر الاتفاق، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة، للفصل فيمن تزول إليه الأرض. فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بياقي الأنصبة، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد. وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم». وتنص المادة ٢٤ على أن «تفضل المحكمة الجزئية، في أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن، فإن تساوا في هذه الصفة اقترح بينهم. على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث، فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة، فإن تساوا في هذه الصفة قدم الزوج فالولد، فإذا تعدد الأولاد اقترح بينهم^(٢)».

والمفروض أن شخصاً يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر، وباع جزءاً منها أو قايض عليه أو وهبه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة، وأصبح المشتري أو المقايض الآخر أو الموهوب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلاً عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلاً بقندانين لشخص وترك الباقي لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من

== إرادى من جانب الشفع وهو ما هدف المشرع في قانون الإصلاح الزراعي إلى تحريمه إذا كان الشفع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتي فدان.

(جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٧٩٨)

(١) أما الصلح فله شأن آخر، فهو كاشف عن الملكية لا منشئ لها. فإذا صلح شخص آخر، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلاً أن أعطى للطرف الآخر داراً وأخذ منه خمسين فداناً فزاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتي فدان، فإن أثر الصلح الكاشف يجعله مالكاً للخمسين الفدان منذ البداية ثم تستولى الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يأتي: «إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرغوب فيها، فكذلك الملكيات الصغيرة جداً: فهي تهبط بإنتاج الأرض، وتحرم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان. ولذلك عالجت المادتان ٢٣ و ٢٤ (الباب الثالث) مسألة تفتيت الملكية درءاً لازدياد حصوله في المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية. ولما كان قد رُوي أن أصغر ملكية لا ينبغي أن تقل في المستقبل عن خمسة أفدنة، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر، وجبت أيلولة الأرض إلى واحد من لهم نصيب فيها، مع تفضيل من يشتغل منهم بالزراعة، فإذا لم يستطع أيهم الوفاء بشئونها بيعت بالمزاد العلني».

الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة، ففي كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة.

فيجب في هذه الحالة أن تتركز الأرض في يد أحد هؤلاء الملاك ممن يقدر على دفع ثمن ما لا يملكه، ويكون الاختيار باتفاق الجميع. فإذا لم يتفقوا، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة، لتختار من بين الملاك من تؤول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن ما لا يملك. فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقى الأصبية، بيعت الأرض كلها بالميزاد لتكون في يد واحدة ولا تتجزأ ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة، ويقسم الثمن على الملاك كل بقدر حصته.

وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تؤول إليه ملكية الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتعدد الراغبون، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فان تعدد هؤلاء اقترعت بينهم. وإذا كان سبب التجزئة الميراث، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة، فان تساوا كلهم أو بعضهم في هذه الحصة، فضل الزوج، ثم الولد، فان تعدد الأولاد اقترعت بينهم. وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة، يبقى مالكا للأرض بهذا المقدار. فإذا جد سبب للتجزئة، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢، وجب إعمال القواعد المتقدمة الذكر.

المبحث الثانى

الثمن

٢٠٣ - الشروط الواجب توافرها فى الثمن: يجب أن يتوافر فى الثمن الشروط الآتية:

أولاً - أن يكون نقوداً.

ثانياً - أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير.

ثالثاً - أن يكون حديداً.

المطلب الأول

يجب أن يكون الثمن نقوداً

٢٠٤ - تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي: يتميز البيع بأن أحد

المحلين المتبادلين فى البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير نقود فالعقد مقايضة.

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدي تنص صراحة على هذا الشرط فى البيع، فكانت تقضى بأنه «يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة، لأنها مستفادة من تعريف البيع^(١). وقد عرف البيع فعلاً، فى المادة ٤١٨ مدنى كما رأينا، بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدي».

ولا يغنى عن النقود شيئاً آخر فى الثمن^(٢)، حتى لو كان هذا الشيء الآخر من المثليات، وحتى لو كان له سعر نقدي معروف فى البورصة أو فى الأسواق، فتعيين الثمن غللاً أو أقطاناً مسعرة فى البورصة لا يجعل العقد بيعاً، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها فى البورصة لا تزال غير نقود، فالعقد يكون مقايضة^(٣). بل تعيين الثمن أسهماً أو سندات، وهى عادة معروفة السعر فى البورصة، أو تعيينه سبائك ذهبية، لا يجعل العقد بيعاً، بل يكون العقد مقايضة كذلك^(٤).

وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود، نظر إلى العنصر الغالب. فان كان هو النقود، وكان العقد بيعاً. وإن كان هو البديل غير النقود، كان العقد مقايضة. وعند الشك يكون العقد مزدوجاً، فهو بيع فى حدود الثمن النقدي، ومقايضة فى حدود البديل غير النقدي. فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف وخمسمائة ومع هذا المبلغ سيارة قديمة كانت عند المشتري قومت بثلاثمائة، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدي، فالعقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ - ٣١ - وانظر ما بلى فقرة ٢٠٦ فى الهامش.

(٢) فلو أن شخصاً نقل إلى شخص آخر ملكية شيء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له، لم يكن العقد بيعاً، بل يكون عقداً غير مسمى (بلانبول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٥).

(٣) جيوار ١ فقرة ٩٢ - هيك ١٠ فقرة ٣٤ - بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ - بيدان ١١ فقرة ١١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١ - عكس ذلك: ديرانتون ١٦ فقرة ١٢٩ - ماركاديه م ١٥٩١.

(٤) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥.

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسهماً أو أقطاناً أو نحو ذلك بسعرها فى البورصة، فيكون المشتري قد باع الثمن الذى فى ذمته الأسهم أو الأقطان المشترطة (أوبرى درو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٢٤) - كذلك يكون العقد بيعاً إذا حدد الثمن نقوداً ثم حول المشتري للبائع حقاً له من النقود فى ذمة أجنبي، أو استوفى المشتري حقاً له فى ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذى فى ذمته (أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٤٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ عبد المصم البدرأوى فقرة ١٣٤).

أما فى الفقه الإسلامى فالبيع أوسع نطاقاً، إذ أن له صوراً أربعة: (١) مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بعين وهذه هى المقايضة (٣) مبادلة بين دين بعين وهذا هو السلم (٤) مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف.

بيع. وإذا أعطى شخص داراً في مقابل عشرين فدناً ومعهما ثلاثمائة، كان العنصر الغالب هو البديل غير النقدي، فالعقد مقايضة والثلاثمائة معدل لها (soulte). أما إذا أعطى شخص داراً في مقابل خمسة فدادين ومها ألف، فالعقد مزدوج، بيع في حدود الألف ومقايضة في حدود خمسة الفدادين^(١).

٢٠٥- يصح أن يكون الثمن إيراداً مؤبداً أو مدى الحياة: ويكفي أن يكون الثمن نقوداً، وليس من الضروري أن يكون رأس مال. فقد يكون الثمن إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة، ما دام هذا الإيراد نقوداً^(٢).

فيصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود، وأن يتفقا في الوقت ذاته وفي نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إيراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى إيراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère). كما يصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مرتباً مدى حياة البائع. ففي الحالتين لا يكون الإيراد المؤبد أو الإيراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً، وإنما يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن^(٣). وسنبحث الإيراد المؤبد والإيراد المرتب مدى الحياة في

(١) أنسيكلوبيدي داللو ٥ لفظ vente فقرة ٤٤١ - بلانول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٤٤ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٠٩. وأنظر أيضاً المادة ٤٨٣ مدني - وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ٤٨٥ مدني، ونشير المذكرة إلى المادة ٤٨٣ مدني وهي تجوز أن يكون في المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة: ثم تقول وعلى أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨).

(٢) والصفة الاحتمالية، فيما إذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة، إنما تثبت لمقدار الثمن لا للثمن في ذاته (دي باج ٤ فقرة ٣٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ ص ١٧٣).

(٣) وإذا كان الثمن إيراداً مؤبداً وأريد استبداله. فإن كان هناك ثمن قدر في عقد البيع وحول في العقد نفسه إلى إيراد مؤبد، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذي كان قد قدر أولاً في عقد البيع، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل، أما إذا كان المتبايعان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً، فرأس المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للإيراد. وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدني وتنص على ما يأتي: ١- إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك. ٢- وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل. وأنظر في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ١٢٨ مكررة.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مؤقتاً، فإنه يتمثل لا في أصل الإيراد بل في حق الإيراد ذاته، ومن ثم يكون العقد مقايضة (بيدان ١١ فقرة ١١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧). ولكن هذا الرأي لم يسد في الفقه ولا في القضاء، ولم يأخذ به المشرع المصري =

مكان آخر، ويكفي أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ مدني تقضي بأن عقد البيع الذي يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً. فالكتابة هنا ركن شكلي في البيع.

ولا يعتبر إيراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمناً، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلاً في مقابل أن الآخر يعمل الأول فيقدم له المسكن والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture). ذلك أن التزام الآخر بأن يعمل الأول ليس محله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود، وإنما هو التزام بعمل. بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة، لأن التزام كل من المتبايعين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عيني، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل. فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعمل المتعاقد الآخر في مقابل عوض يأخذه منه^(١).

المطلب الثاني

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

١- يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.

٢- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية.

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتي:

«إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من

= (أنظر المادتين ٥٤٥ و ٧٤١ مدني - وأنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥. الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥).

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨ - جيواري ١ - فقرة ٩٥ هيك ١٠ فقرة ٣٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٢ - بودري وسينيا فقرة ١٢٨ ص ١٢٦ - بلانول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ١١٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٤.

الظروف أن المتعاقدين قد نوباً اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما^(١).

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة^(٢).

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٣٩١-٣٩٢ وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤١٢-٤١٣ وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٢٦-٥٢٩ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٦^(٣).

(١) تاريخ النصوص:

م ٤٢٣: ورد هذا النص في المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى: «يجب أن يكون الثمن مقدراً بالتقديس». فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد في المادة ٤١٨ مدني، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقي من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٤٣٦ في المشروع النهائي. وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠-٣١).

م ٤٢٤: ورد هذا النص في المادة ٥٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢-٣٤).

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدني: «هذه نصوص لا نظير لهما في التقنين الحالي وهما وإن كان حكمهما يمكن استفادته من القواعد العامة بحالجان مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية، أنظر التقنين الألماني م ٤٥٣ وتقنين الالتزامات السويسري م ٢١٢ فقرة أولى والتقنين البولوني م ٢٩٦ والتقنين البرازيلي م ٢١٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢).

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٣٩١-٣٩٢ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٧-٦٨).

التقنين المدني الليبي م ٤١٢-٤١٣ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣-٤٢٤ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ٥٢٦: ١- الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة. ٢- ويلزم أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيماً تعيماً نافياً للجهالة العارضة.

م ٥٢٧: ١- في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالتقديس، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد.

٢- (وهذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين المدني المصري).

م ٥٢٨: (مطابقة للمادة ٤٢٤ من التقنين المدني المصري).

م ٥٢٩: ١- زيادة المشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن أو زيادته في المبيع بعد العقد يصح وتلتحق الريادة والتنزيل بأصل العقد. ٢- وما زاده المشتري في الثمن يعتبر في حق العاقد لا في

٢٠٧- تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أن يكون باتفاق بين المتبايعين: ولما كان الثمن هو أحد محلي البيع، فيجب، كما هو الأمر في كل محل للالتزام، أن يكون معيماً وقابلًا للتعيين. وتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين، ولا يستقل به أحدهما دون الآخر. لا يستقل به البائع، لأنه قد يشتط فيعين المشتري. ولا يستقل به المشتري، لأنه قد يبخس الثمن فيعين البائع^(١). فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقاً عليه بين المتبايعين^(٢)^(١). ولا يكفي في ذلك أن يبيع

=حق الشفع، وما حظه البائع من الثمن يجعل الباقي بعد الحط مقابلاً لكل المبيع حتى في حق الشفع، وما زاده البائع في المبيع يكون له حصة من الثمن. ٣- وللبيع أن يحط جميع الثمن قبل القبض، ولكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد. فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفع المبيع، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى. (وهذا النص لا نظير له في التقنين المدني المصري، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي، ويتفق مع القواعد العامة).

(ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي أخذ في البيع بالمنعنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي، فأصبحت المقايضة فيه نوعاً من أنواع البيع، أما البيع بثمن نقدي فسماه البيع المطلق: م ٥٢٧ عراقي - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١ - فقرة ١٣٣ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٩٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٨٦: يجب أن يعين المتعاقدون ثمن المبيع. ويجوز أن يفوض تعيين الثمن إلى شخص ثالث، وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن تقدير الثمن فلا ينعقد البيع. (ولا فرق في هذه الأحكام بين التقنينين اللبناني والمصري).

(١) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلاً، جاز أن يكون هذا، تبعاً للظروف، تحديداً كافياً. فإذا حدد المتعاقد ثماً غير عادل، أو امتنع عن التحديد، أو أبطأ فيه، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ١٢٨). ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس في الواقع من الأمر إلى أن يكون الثمن عادلاً، ولا يكفي في تحديد الثمن، كما سنرى، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بثمن عادل (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩ - وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧).

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع، كما في حالة التسعير الجبري وفي حالة تسعير المرافق العامة كالماء والغاز والنور وفي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة. وقد يشترط البائع بالجملة على البائع «بالقطاعي» سعراً معيماً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلمة، ويمكن القول في هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك، ولهذا أن يطالب البائع «بالقطاعي» أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين (قارب: بلانيول وريبير وبولانجييه فقرة ٢٣٧٩ - كولان وكايتان فقرة ٨٨٥ - بيدان ١١ فقرة ١١٥ - أنسيكلوبيدي داللو ٥ لفظ vente فقرة ٧٠٨ - فقرة ٧٠٩). وانظر في أن السعر الإلجباري للعملة له تأثير في فرض الثمن أنسيكلوبيدي داللو ٥ لفظ vente فقرة ٦٧٤ - فقرة ٦٩٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣.

(١) أ- الثمن وإن كان يعتبر ركناً أساسياً في عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين -

البائع الشيء بما يساويه من القيمة أو بضمن عادل، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذي يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين، والبيع على هذا النحو يكون باطلاً لعدم تقدير الثمن^(١). ولكن ليس من الضروري أن تكون القيمة مقدرة فعلاً باتفاق المتعاقدين بل يكفي أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما^(٢)، كأن يتفقا على أجنبي لتقدير الثمن^(٣) وسيأتي بيان ذلك.

٢٠٨ - قابلية الثمن للتقدير. الأساس التي يقوم عليها التقدير: وليس من الضروري أن يكون الثمن مقدراً، بل يكفي كما قدمنا أن يكون قابلاً للتقدير، ما دامت الأسس التي يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين^(٤).

٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدني، لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل في عقد البيع بل يكفي أن يكون قابلاً للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد. (جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ الطعن ١٠٥١ لسنة ٤٥ ق ٣١ ص ٣١٨)

ب- إذا ما خلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمنه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير لمن نقدي دفعه المشتري وقبضه البائع فلا يطل البيع لأن إقرار طرفيه بذلك يعني إقرارهما باتفاقهما على لمن نقدي معين وهو ما يكفي لانعقاد البيع باعتباره عقداً رضائياً. (جلسة ١٩٩١/٥/٩ طعن رقم ٥٢٦ لسنة ٥٥ ق)

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٨ - بودري وسينيا فقرة ١٣٢ ص ١٣٢ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٣٦ ص ٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ - الأستاذ جميل الشراوى ص ١١٢.

(٢) ولا يكون بيعا العقد الذي جعل فيه الثمن هو المقدار الذي يعرضه أجنبي على صاحب السلعة، بل يكون هذا شرط تفضيل *pacte de préférence* يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبي يعرض في السلعة لئلا يرتضيه صاحبها، فينترجم هذا الأخير بتفضيل الأول على الأجنبي في بيع السلعة له بالثمن الذي يعرضه الأجنبي (بودري وسينيا فقرة ١٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩).

واشترط تعديل الثمن تبعاً لطارئ معين جائز، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن في تاريخ نال لم ينعقد البيع إلا عند تحديد الثمن (دي باج ٤ فقرة ٣٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٢ ص ١٧٧ - ١٧٨).

(٣) بيدان ١١ فقرة ١١٥ - بلانيول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٨٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٢٤.

(١) متى كان بين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد رأت - في سبيل الحصول إلى حقيقة ما انعقدت عليه إرادة الطرفين بشأن تحديد ثمن المبيع، وذلك في حدود سلطتها التقديرية - أن تحدد ثمن الصفقة بمجموع ما دفعه المشتري «الطاعن» سواء عند تحرير العقد الابتدائي أو بعد ذلك وبما بقي من الثمن عند تحرير العقد النهائي وحصلت من ذلك الثمن الذي اتفق عليه الطرفان بعد تحرير العقد الابتدائي، وكان هذا الاستخلاص مستمداً من عاصر ثابتة بأوراق الدعوى فإن النعمى على الحكم بتشويه الوقائع أو مخالفة الثابت بالأوراق يكون في غير محله. (جلسة ١٩٩٢/٥/١٠ الطعن ٣٥٩ لسنة ٢٦ ق ١٣ ص ٦٢٩)

ويمكن تصور أسس مختلفة يقوم عليها تقدير الثمن، ذكر منها المشرع اثنين في المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدني سالفتي الذكر، ونضيف إليهما اثنين آخرين، فنستعرض الأسس الأربعة الآتية: (١) أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع المبيع. (٢) أن يكون الأساس هو سعر السوق. (٣) أن يكن الأساس هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين. (٤) أن يترك التقدير لأجنبي يتفق عليه المتعاقدان.

٢٠٩ - أساس التقدير الثمن الذي اشترى به البائع المربحة والتولية والإشراك والوضعية: قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذي يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع. فيشتري المشتري بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر أو بأقل^(١). وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذي اشترى به المشتري المبيع من البائع. وعلى البائع أن يبين هذا الثمن. وللمشتري أن يثبت أن الثمن الذي بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقي وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومن بينها البينة والقرائن^(٢).

ولهذه الصور من البيع مكان خاص في الفقه الإسلامي، ويطلق عليها فيه «بياعات الأمانة»، وتشتمل على صور أربع هي بيع المربحة وبيع التولية وبيع الإشراك وبيع الوضعية. وقد أخذها عن الفقه الإسلامي التقنين المدني العراقي، فنصت المادة ٥٣٠ من هذا التقنين على أنه ١ - يجوز البيع مربحة أو تولية أو إشراكاً أو وضعية. ٢ - والمربحة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع مع زيادة ربح معلوم، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص، والإشراك تولية بعض المبيع ببعض الثمن، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه. ٣ - ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً محرراً عن الخيانة والتهمة.

وقد كتبنا عن هذه البياعات في الفقه الإسلامي ما يأتي (٣): «حدد الفقه الإسلامي منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى، ولا يسمح فيها بأي غش، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتديساً. وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة. فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل، أو في ضرب يقوم عليه من ضرره، أن يتوقى غش الناس إياه، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة،

(١) أو يجوز أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين، أو متوسط الأثمان التي باع بها التاجر في وقت معين، أو على أساس التسعيرة الرسمية (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ١٢٧). (٢) ذلك أنه يثبت واقعة مادية، إذ شراء البائع للمبيع بثلثي ثمن معين يعتبر بالنسبة إلى المشتري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً، فضلاً عن أن البيان الصادر من البائع بثلثي ثمن أعلى من الثمن الحقيقي يطوى على غش والغش يثبت بجميع الطرق.

(٣) أنظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ١٦٧.

فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريراً.. وجملة القول في بيعات الأمانة هذه أن المبتاع، وهو يحتكم إلى ضمير البائع ويطمئن إلى أمانته، يتنازع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة. فأما أن يزيد فيها قدرأ معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلي، ويسمى البيع مربحة. وإما أن ينقصه قدرأ معلوماً يطرح من الثمن الأصلي ويحمل البائع فيه الخسارة، ويسمى البيع وضیعة. وإما ألا يزيد ولا ينقص، بل يشتري السلعة بمثل ثمنها الأصلي ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة، أو إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن.. ولا يكتفى من البائع ببيان مجمل عن الثمن، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف. فيبين إن كان الثمن معجلاً أو نسيئة، مؤجلاً أو مقسطاً. ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدين له على بائعه، وإن كان بدين فهل دفعه عن طريق الماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح. ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هي تعيبت، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدرأ. كل هذه أوصاف وملابسات تؤثر في رضاء المشتري بالصفقة، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوباً بالفساد والتدليس.

وغنى عن البيان أن الأمر في القانون المصري يتوقف على نية المتبايعين، فإن قصداً التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه من ملابسات على النحو المتقدم الذكر، وجب الاعتداد بهذه الملابسات، ويترتب على ذلك أن البائع إذا كتم شيئاً منها كان هذا تدليلاً وجاز لإبطال البيع^(١). وإن قصداً مجرد التأسيس على الثمن الأول دون نظر إلى هذه الملابسات، وجب على المشتري قبول المبيع بحالته التي اشتراها بها وأن يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق. فإن دفع للبائع ثمناً أكثر مما ارتضاه، سواء كان ذلك بغش من البائع أو بدون غش منه، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذي ارتضاه^(٢). ويجوز للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض إذا وقع من البائع غش أو تقصير في بيان الثمن الأول.

(١) وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التقنين المدني العراقي على أنه «يعتبر تغريراً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشهة بالبيان، كالحيازة في المراجعة والتولية والإشراك والوضیعة».

(٢) وهذا هو قول أبي يوسف في المذهب الحنفي، ويدعو أنه أكثر الأقوال انطباقاً على القواعد العامة في القانون المصري. وفي الفقه الإسلامي أقوال أخرى في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب تتبين من النصوص الآتية:

جاء في الهداية (فتح القديره ص ٢٥٦) وهي من كتب الفقه الحنفي: «فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة، فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن أطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن. وقال أبو يوسف رحمه الله يحط فيهما. وقال محمد رحمه الله يخير فيهما. لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً. والتولية والمراجعة ترويج وترعيب فيكون وصفاً مرعوباً فيه كصرف السلامة، فيتخير بقوته. ولأبي يوسف رحمه الله أن =

الأصل فيه كونه تولية ومراجعة، ولهذا يتعقد بقوله ولينك بالثمن الأول أوبعتك مربحة على الثمن الأول إذا كان معلوماً، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط، غير أنه يحط في التولية قدر الحيازة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مربحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخير.

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) وهي من كتب الفقه المالكي: «لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن. فإن كذب ثم اطلع المشتري على الزيادة في الثمن، فالمشتري مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يرد، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فلزمه الشراء».

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٢٨٨ - ص ٢٩٠) وهو من كتب فقه الشافعي: «ومن اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه... وإذا ظهر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم في كل عشرة، ثم قال أخطأت أو قامت البيعة أن الثمن كان تسعين، فالبيع صحيح... وأما الثمن الذي يأخذه به فقيه قولان: أحدهما أنه مائة وعشرة، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً. والثاني أن الثمن تسعة وتسعون، وهو الصحيح، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية. ويخالف العيب، فإن هناك الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة. فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار».

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ٤ ص ١٠٠ - ص ١٠٣) وهو من كتب الفقه الحنبلي: «السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمواضعة... فإن باعه السلعة مربحة، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة وبيع عشرة، ثم علم بينة أو إقرار أن ثمنها تسعون، فالبيع صحيح، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالعيب. وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم، فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً. وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قول الشافعي. وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب».

وبخلص من هذه النصوص أن قول أبي يوسف في الفقه الحنفي والقول الصحيح في فقه الشافعي والمنصوص عليه في الفقه الحنبلي، وهذه كلها تذهب إلى أن المشتري يسترد من البائع ما دفعه زيادة على ما ارتضاه من الثمن، وهذا هو المتفق مع القواعد العامة في الفقه الغربي كما قدمنا. وهناك أقوال أخرى في المذاهب المختلفة، أبرزها أن المشتري يكون بالخيار بين أن يستبقى المبيع بكل الثمن أو أن يفسخ البيع. وإذا أخذنا بالقول الأول، وكان البيع مربحة، كأن كان الثمن الأول مائة ويزيد عشرة مربحة، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون لا مائة، وجب حط العشرة من رأس المال وما يناسب العشرة من الربح وهو واحد، فيكون الثمن تسعة وتسعين. وإذا كان البيع تولية أو إشراكاً، حططنا العشرة من رأس المال. وإذا كان البيع وضیعة، كأن كان الثمن الأول مائة وينقص عشرة وضیعة، ثم تبين أن الثمن الأول تسعون، فما دام قد اشترى المائة بتسعين، ثم ظهر أن الذي اشتراه هو تسعون فقط، فإنه يشتري التسعين بواحد وثمانين.

أنظر في بيعات الأمانة مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٧٤ ومراجع الفقه الإسلامي المذكورة فيه.

ويخلص مما قدمناه أن ما يسمى ببيع الأمانة في الفقه الإسلامي حكمه في القانون المصري هو ما يأتي: إذا كتم البائع عن المشتري بعض الملبسات الجوهرية للثمن، كأن قال مثلاً إنه اشترى بمائة معجلة وكان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً، كان هذا غشاً من البائع، وجاز للمشتري إبطال البيع للتدليس وإذا لم يكتف البائع عن المشتري شيئاً من هذه الملبسات الجوهرية، ولكن أثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة، كان البيع صحيحاً، ولكن يحط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مربحة، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من الخفض إن كان البيع وضية. وهذا المقدار الزائد وما يتبعه يسترده المشتري من البائع إن كان قد دفعه، ولا يلتزم بدفعه له إن لم يدفعه. وللمشتري في جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع إذا أثبت في جانبه غشاً أو تقصيراً (١).

٢١٠ - أساس التقدير سعر السوق: وقد يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن هو سعر السوق. فهنا الثمن غير مقدر، ولكنه قابل للتقدير، ويمكن تقديره بالرجوع إلى سعر السوق (١). فإن كان المتبايعان قد اتفقا على سوق في مكان معين وفي زمن معين، كان سعر هذه السوق هو المعتبر. أما إذا اقتصرنا على ذكر سعر السوق دون أن يبين أية سوق، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ مدني، كما رأينا، أنها قصداً «سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري» (٢). فإذا باع شخص غللاً بسعر السوق، وكان التسليم في شهر أكتوبر، فالمفروض أن المتبايعين قد قصداً أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال في بورصة الاسكندرية في شهر أكتوبر. فإذا كان التسليم في كفر الزيات، كانت السوق هي سوق كفر الزيات، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة (٣). وإذا كان التسليم في قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة، وجب الرجوع إلى المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية، وقد يقضى العرف في هذه الحالة بأن تكون

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٠ - فقرة ١٣٣.

(٢) ومكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق فالمكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات، وإلا فموطن البائع أو مركز أعماله وقت وجوب التسليم (٣٤٧ مدني). وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه، فإن لم يوجد اتفاق وجوب التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع (١/٣٤٦ مدني). وإذا وجب تصدير المبيع للمشتري مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيع إلى المشتري ٤٣٦ م.

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٠ ص ٥٥ (وإذا تعددت أسعار اليوم في البورصة، فالسعر المتوسط).

(١) يعتبر البيع على الوجه أو بالكوترات صحيحاً لأنه لا يختلف عن البيع العادي إلا في ترك تحديد السعر «الثمن» للسوق أو البورصة على الأسس التي توضح في تلك العقود والتي تؤدي إلى تعيينه بلا نزاع. (جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ مجموعة أحكام القرض السنة ٨ ص ٦٤٣)

أسعار أقرب سوق هي الأسعار السارية. وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ مدني، كما رأينا إذ تقول: «وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري. فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية». وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدني الألماني (٤٥٣ م) وتقنين الالتزامات البولوني (٢٩٦ م)، ويتضمن حكماً معقولاً يتفق مع القواعد العامة (١).

٢١١ - أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين: وقد لا يحدد المتبايعان ثماً للمبيع، وسري أنهما إذا لم يحددا الثمن أصلاً كان البيع باطلاً لانعدام ركن من أركانه. ولكن قد يكون سكوتهما عن تحديد الثمن ينطوي تبعاً للظروف والملابسات التي أحاطت التعاقد، على اتفاق ضمني على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة. فهنا أيضاً يكون الثمن قابلاً للتقدير، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه. ويرجع في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار، سواء كان هذا السعر هو سعر البورصة أو سعر الأسواق المحلية في مكان تسلم المبيع أو غيره من الأمكنة (١). ثم والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع في ذاته، بل بسعره المتداول في الأسواق، سواء كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية (٢). وإذا لم يتبين للمقاضي في وضوح السعر المتداول في الأسواق، كان له أن يلجأ في تبينه إلى خبير من التجار.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ - ص ٣٣. وانظر ١/٢١٢ م من تقنين الالتزامات السويسري.

(٢) ويعرف الفقه الإسلامي بيع الاسترسال، وفيه يستأمن المشتري - ويكون عادة لا دراية له بالأسواق أو بالسلعة التي يشتريها - البائع فيشتري منه السلعة بما يبيع به الناس أى بالسعر المتداول في التجارة. وقد كتبنا عن هذا البيع في الفقه الإسلامي ما يأتي: «والى جانب بيعات الأمانة - وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل - يعرف الفقه المالكي والفقه الحنبلي بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المستأمن. وفيه يكشف العاقد عن خبيثة نفسه، ويبين أنه لا دراية له فيما هو يسبيله من التعامل، وأنه يستأمن المتعامل معه ويستصحبه ويسترسل إلى نصحه، ويطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما يبيع به الناس أو تشتري. فالأساس هنا ليس هو الثمن الأصلي كما في بيعات الأمانة، بل هو سعر السوق. فإذا لم يصدقه المتعامل معه، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق، بل كذب عليه في ذلك وغبه، فإن هذا الكذب وحده يعتبر غشاً وتديلاً يوجب للعاقد خيار الرد» (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٧٥ - وانظر الخطاب جزء ٤ ص ٤٧٠ - والشرح الكبير للدريز هامش الدسوقي جزء ٣ ص ١٤١ - والشرح الكبير على متن المقنع جزء ٤ ص ٧٩).

(١) عقود البيع تحت القطع تقضى أن يكون للمشتري خيار التغطية مقابل حق البائع في القطع ويلتزم البائع لذلك أن يوفر للمشتري الوقت الذي يتسع لاحراء عملية التغطية التي تتم بعملية عكسية جريها المشتري في بورصة العقود وفي وقت القطع وبسعره وعن مقدار معادل للمقدار الذي طلب -

وقد يظهر من الظروف والملايسات أن المتبايعين قد اتفقا ضمناً على أن يكون الثمن هو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما، فيرجع إلى هذا السعر فى تحديد الثمن. فإذا كان بين المتبايعين سابق تعامل، بأن كان أحدهما قد اعتاد أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق، فاستمرار الأول فى توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المسمى أو السعر المتغير الذى جرى عليه التعامل بينهما.

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٤٢٤ مدنى، كما رأينا، إذ تقول: «إذا لم يحدد المتعاقدان ثماً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نوبا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما» (١).

٢١٢- ترك التقدير لأجنبى يتفق عليه المتبايعان: وقد يترك المتبايعان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه عند البيع (٢)، فيصح ذلك، لأن الثمن هنا وإن لم يقدره المتبايعان إلا

=البائع قطع سعره كى يأمن المشتري تقلبات الاسعار ومتى تمت التغطية تحقق للمشتري مركز قائم فى البورصة قوامه عملية البيع التى يكون قد أجراها فى هذه البورصة.

(جلسة ١٩٦٤/٢/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٢٧١)

(جلسة ١٩٦٣/٤/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٥٢٩)

(١) وهذا النص هو الحل الذى أورده تقيين الالتزامات البولونى فى المادة ٢٩٨ منه، وهو حل يتفق مع القواعد العامة (المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣).

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه قد جرت العادة فى سوق القطن أن يباع القطن أو البلدة بسعر يحدده البائع فيما بعد فى ميعاد يعلن به المشتري، فيقطع السعر يوم الاعلان بحسب أسعار الكونترات أو بحسب السعر الجارى المحلى، ويخصم من الثمن الذى يحدد على هذا النحو ما عسى أن يكون المشتري قد عجله يوم البيع (١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١). وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة فى اليوم الذى يعينه المشتري، ثم أفلتت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متعذراً تحديد الثمن، فإذا لم يتفق المتبايعان على طريقة أخرى لتحديد الثمن لم يجوز للمحكمة أن تتولى هى نفسها هذا التحديد ولو بطريق قريب من سعر البورصة، ويسقط البيع لعدم تحديد الثمن (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧). وقضت بأن حق البائع فى تحديد الثمن بعد الميعاد الأخير لتسليم آخر دفعة من القطن لا يجوز استعماله قبل أن يسلم البائع القطن المبيع للمشتري (٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧). وأنظر أيضاً فى تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة فى يوم يحدده البائع أو المشتري: استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٤ ص ٩٢٦ استئناف محتلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٧ ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢٤ ص ٤٦-١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤-٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٩-٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥-٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٢-٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ (بلدة القطن) - ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧٥.

(٢) ويصح أن يتفق المتبايعان على أكثر من واحد يقوضان لهم أن يحددوا الثمن باتفاقهم جميعاً أو بأغليتهم (بودرى وسينيا فقرة ١٣٤).

أنهما جملاء قابلاً للتقدير. وما يقدره الأجنبى ثماً للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن، لأن الأجنبى مفوض من المتبايعين فى تحديد الثمن، فهو وكيل عنهما فى ذلك ويسرى تقديره فى حقهما (١). والبائع يعتبر قد تم، لا من وقت تقدير المفوض للثمن فحسب، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض ففى هذا الوقت كان البيع مستكملاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير كما سبق القول (١). ويعتبر

(١) كما يسرى تصرف الوكيل فى حق الموكل، ويكون المتبايعان كأنهما هما اللذان قدرا الثمن، وذلك كله طبقاً لأحكام الوكالة. فالثمن الذى يقدره المفوض ملزم للمتبايعين، لا يستطيع البائع أن يحتج بأنه بخس ولا المشتري بأنه مبالغ فيه. ولكن يجوز الطعن فى التقدير إذا وقع تدليس على المفوض من أحد المتبايعين أو من الغير. ونرى من ذلك أن الأجنبى الذى يكمل إليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيراً (expert) لأن رأى الخبير غير ملزم، ولا يعتبر حكماً (arbitre) لأن الحكم يفترض قيام نزاع ولا نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكلا تقدير الثمن لأجنبى. وإنما الأجنبى وكيل عن المتبايعين معاً، مفوض منهما فى تقدير الثمن، فلائى منهما أن يحتج بما يقع فيه الوكيل من غلط أو تدليس أو إكراه (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧-٢٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٣٨٠). وإذا عين المفوض باتفاق المتبايعين، لم يجوز لأحدهما أن يستقل بعزله، بل لابد فى عزله من اتفاقهما معاً كما هو الأمر فى تعيينه. فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن، لم يعد يجوز له أن يقدره. ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن، ويجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا من وقت اتفاقهما على الثمن، أو من وقت اتفاقهما على تعيين المفوض الآخر ويكون البيع فى هذه الحالة موقوفاً على تقدير المفوض الجديد للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٣٦).

وقد اعترض الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١- ص ١٣١) على أن يكون المفوض وكيلاً بما يأتى: (١) لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفى العقد. ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز بإجازة لاحقة، وهنا يوجد ما هو أقوى من الإجازة اللاحقة فالمتبايعان أقرّا معاً أن يقوم المفوض بتقدير الثمن. (٢) الوكيل يجوز عزله وهنا المفوض لا يجوز أن يستقل أحد المتبايعين بعزله. ويرد على هذا الاعتراض بأن الوكيل الذى عينه المتبايعان معاً لا يجوز عزله إلا باتفاقهما كما سبق القول. (٣) تحديد الثمن عمل مادي، والوكيل لا يقوم إلا بتصرف قانونى. ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعنصر جوهرى فيه، فهو تصرف قانونى لا عمل مادي.

أنظر فى الفقه المصرى: الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ١١٤ هامش رقم ١ (ويذهب إلى أن تعيين الأجنبى تفويض فى تحديد الثمن ونياً فى قبوله) - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١١٧-١١٨ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد المعصم البدرأوى فقرة ١٤٠ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي. ثم يقول إن المفوض فى الوكالة أن يكون الوكيل منفذاً لإرادة الموكل، أما هنا فالمفوض يفوض إرادته على موكله. ويرد على ذلك بأن النائب يجرى التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وتنفذ هذه الإرادة فى حق الموكل لأنه أرتضى ذلك مقدماً) - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٥٨ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي، ومن ثم يقوم إن التفويض عقد غير مسمى).

(١) مفاد ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ من القانون المدنى أنه فى عقد البيع قد يترك الطرفان تحديد الثمن لأجنبى يتفقان عليه وقت العقد فيكون الثمن فى هذه الحالة قابلاً للتقدير -

تقدير المفوض للثمن بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع^(١)، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن^(٢)، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد. ومن ثم تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات من وقت البيع، وفي العقار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن^(٣). وإذا لم يقدّر المفوض بتقدير الثمن لأي سبب، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير عذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأي سبب آخر، فإن الشرط الواقف لا يتحقق، ويعتبر البيع كأن لم يكن^(٤). ولا يستطيع القاضى إجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يعين شخصاً مكانه، أو أن يقوم بتقدير الثمن بنفسه^(٥). ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يحل محل الأول، فإذا ما قدر

== بتفويض الأجنبي في تقديره وما يقدره هذا الأجنبي ثمناً للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري فهو وكيل عنهما ويتم هذا البيع من الوقت إلى اتفاق فيه الطرفان على المفوض ففي ذلك الوقت كان المبيع مستكملاً لجميع عناصره وأركانها ومنها الثمن، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع المؤرخ ١٩٦٦/٣/٢٧ المودعه صورته أوراق الدعوى أنه في البند الثاني منه اتفق الطرفان على تحديد الثمن بمعرفة لجنة تشكل بالطريقة المبينة بالعقد وأياً ما كان الأمر في وقت تقدير الثمن بمعرفة اللجنة فإن العقد ينعقد منذ وقت إبرامه وليس في الوقت الذي تصدر فيه اللجنة قرارها بتقدير الثمن على ما سلف وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون متفقاً وصحيحاً والقانون والنص عليه بغير ذلك لا يقوم على أساس.

(جلسة ١٩٨٨/٥/٨ الطعن ٤٣٩ لسنة ٥٠ق)

(١) لوران ٢٤ فقرة ٧٤ - فقرة ٧٦ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ - ص ١٧ - جيوار ١ فقرة ١٠٥ - بودري وسينيا فقرة ١٣٥ - بيدان ١١ فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٤١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ ص ٣٩.

(٢) ويقدر المفوض الثمن وفقاً للسعر الجاري وقت البيع لا وقت التقدير.

(٣) وهذا ما يجدر بالمشتري أن يفعله، فلا يؤخر تسجيل العقد إلى أن يقوم المفوض بتحديد الثمن، بل يبادر إلى التسجيل حتى يمتنع على البائع التصرف في المبيع. أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن، ولو كان في يد المشتري، فهو على البائع، لأن الشرط ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى تحمل تبعه الهلاك (بودري وسينيا فقرة ١٣٥).

(٤) أنظر المادة ٢/٣٨٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفاً فقرة ٢٠٦ في الهامش).

(٥) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن، لا يتم البيع، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكماً بينهما ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعاً لتقدير الثمن، فامتنع أحدهم، لا يتم البيع، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص يحل محل الشخص الممتنع (بودري وسينيا فقرة ١٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩). ولا تستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص يحل الشخص الممتنع، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعين المحكمة مرجحاً عند اختلاف المفوضين في تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٠ هامش ١). والقاضى لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه، حتى لو عهد إليه المتبايعان في ذلك وجعله هو المفوض، لأن القاضى ليست مهمته أن =

المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع إلى وقت تقدير الثمن.

وقد يقتصر المتبايعان على أن يجعلوا تقدير الثمن لمفوض يعينانه في المستقبل، فما داما لم يعينا هذا المفوض فإن الثمن لا يكون قابلاً للتقدير، ومن ثم لا يتم البيع. فإذا ما عيناه، تم البيع من وقت تعيينه معلقاً على شرط واقف هو تقديره للثمن^(١). وإذا امتنع، في الحالة التي نحن بصدددها، أحد المتبايعين عن الاتفاق مع الآخر على تعيين المفوض، كان هذا إخلالاً بالتزامه من وجوب الاتفاق على تعيين مفوض، وكان مسئولاً عن التعويض وفقاً للمبادئ العامة، ولكن البيع لا يتم ما دام المفوض لم يعين^(٢).

هذه هي القواعد العامة في ترك تعيين محل العقد لمفوض. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص اقتبس من المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من التقنين المدني الألماني. ويخرج في بعض المسائل على هذه القواعد. فكانت المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه: «كان إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل. فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء. ٢ - ومع ذلك إذ ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولخص اختياره، فإن هذا العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقدّم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره

= يكمل العقود التي لم تتم، بل أن يحسم الخلاف في عقود تمت (لوران ٢٤ فقرة ٧٥ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٧ مكرر - عكس ذلك: بودري وسينيا فقرة ١٣٩ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧ ص ٣٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥).

(١) بودري وسينيا فقرة ١٣٨ ص ١٣٦ - وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبي يقوم هذا الأجنبي بتعيينه، فالبيع لا يتم في هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبي الذي وكل إليه تعيين المفوض، بل يجب أن يعين الأجنبي المفوض فعل حتى يتم البيع موقوفاً على شرط واقف هو تقدير المفوض للثمن (بودري وسينيا فقرة ١٣٩ مكررة أولاً). ويكون تقدير المفوض للثمن بحسب السعر الجاري وقت تعيين المفوض لأنه هو الوقت الذي يستند إليه قيام البيع، ويصدق ذلك في حالة تعيين المفوض بواسطة أجنبي وفي حالة تعيين المتبايعين للمفوض في اتفاق لاحق.

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩ ص ٤٠ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٨٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١١٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٣ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١١٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٥٦ - بل ولا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي: أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٧٦٠.

وهناك رأى يذهب إلى أن التعويض في هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقدي، بل عن خطأ تقصيري (بودري وسينيا فقرة ١٣٨).

غير عادل). وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي^(١)، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها^(٢)، وبخاصة في جواز أن يحل القاضي محل الأجنبي إذا أبطل هذا في تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تقضى الفقرة الأولى من النص، وفي وجوب أن يكون التقدير عادلاً^(٣) كما تقضى الفقرة الثانية، فإن هذا وذاك لا يتفق مع القواعد العامة التي سبق بيانها.

٢١٣- ترك المتبايعين الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير: أما إذا ترك المتبايعان الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير، فإن البيع لا يتم، إذ ينقصه ركن من أركانه وهو الثمن^(٤). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «أما إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمناً، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه»^(٥).

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أنهما تبايعا دون ثمن، أي قصداً لإيقاع البيع دون ثمن. فالعقد في هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعاً. لأن الثمن ركن في البيع لا يتم بدونه. ولكن قد يستخلص من الظروف أنهما قصداً بإيقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ في الهامش.

(٢) أنظر الوسيط الجزء الأول ص ٣٨٩ هامش رقم ١.

(٣) وكان دوماً (القوانين المدنية ١ فقرة ٢٦) وبوبييه (البيع فقرة ٢٤) في القانون الفرنسي القديم يذهبان إلى وجوب أن يكون الثمن الذي يعينه المفوض ثمناً عادلاً. ولكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به دون نص خاص بمائل النص الذي ورد في التقنين المدني الألماني فيما قدمناه (بلائيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٨ هامش ٤) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ١٤٢ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١١٦ - ص ١١٧.

ولكن يصح أن يتفق المتبايعان على وضع حدود لتقدير المفوض للثمن، كأن يضما حداً أدنى وحداً أعلى، فلا يجوز للمفوض في هذه الحالة أن يجاوز في تقديره الحد الأعلى ولا أن ينزل عن الحد الأدنى، وإلا كان تقديره باطلاً واعتبر البيع كأن لم يكن (بودري وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨). ولو أدخل المفوض، دون تفويض خاص في ذلك، احتمال ارتفاع الأسعار في المستقبل في حسابه عند تقدير الثمن، يكون قد جاوز مهمته (بودري وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٧).

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٣.

(٥) نوافر ركن الثمن في عقد البيع واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض ما دام استخلاصها له سائفاً.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٦ الطعن ١٧٢١ لسنة ٥٠ ق ص ٣٥ ص ١٩٧٨)

وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة، بل هبة مكشوفة يشترط لتتمامها ورقة رسمية في الأحوال التي يوجب فيها القانون ذلك.

أما إذا قدر المتعاقدان الثمن أو جعلاه قابلاً للتقدير وكان الثمن تافهاً، أو عينا ثمناً مناسباً وذكر البائع أنه وهبه للمشتري، فسرى أن العقد يكون أيضاً هبة مكشوفة لا بد فيها من ورقة رسمية في الأحوال التي يجب فيها ذلك.

وإذا قدر المتعاقدان الثمن وكان صورياً، فسرى أن العقد يكون هبة مستترة، لا يشترط لتتمامها ورقة رسمية.

المطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جدياً

٢١٤- التمييز بين الثمن غير الجدى والثمن البخس: يجب أن يكون الثمن جدياً (sérieux)، ولا يكون جدياً إذا كان تافهاً (dérisoire)، أو كان صورياً (fictif). ولكن ليس من الضروري ليكون الثمن جدياً ألا يكون ثماً ببخس (vil)، فقد يكون ببخساً يدخله الغبن الفاحش، ومع ذلك يكون جدياً. وأية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليها مهما كان ببخساً، وقد رضى بالثمن البخس مضطراً لحاجة ملحة، أو جاهلاً لقيمة المبيع، أو لغير ذلك من الأسباب. فيصح البيع، وإن جاز الطعن فيه بالغبن في حالة استثنائية^(١) سيأتى بيانها.

فنستعرض مسألتين: (١) الثمن الجدى (٢) الثمن البخس ودعوى الغبن الفاحش.

١- الثمن الجدى

٢١٥- الثمن الصوري: لا يكون الثمن جدياً إذا كان ثماً صورياً لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري^(١)، بل ذكر مبلغاً من النقود ليكون ثماً حتى يسلم للبائع مظهره

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالغلط أو التدليس أو الإكراه، بحسب السبب الذي دفع البائع إلى قبول هذا الثمن البخس.

(١) أ- تصرف الأب بالبيع المنجز في عقار يملكه إلى ابنه القاصر يعتبر تصرفاً صحيحاً سواء كان في حقيقته بيعاً أو هبة مستترة في صورة عقد بيع وتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن سوى إعفاء الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته ولياً شرعياً على ابنه القاصر (جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ لسنة ٤٨ ق).

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ لسنة ٤٩ ق).

ب- إذا كان بين من الحكم المطعون فيه أن الطاعن تملك أمام محكمة الاستئناف بصورية عقد البيع الصادر من والدته إلى باقي أولادها صورية مطلقة ودلل على هذه الصورية بعدة قرائن منها أن للعقد تضمن أن نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى - وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث - وأن المتصرف إليهم لا يستطيعون أداء الثمن وأن العقد لم يظهر إلى حيز الوجود إلا بعد =

الخارجي. ومتى ثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعاً^(١)، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية^(٢)(١)، وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في عقد الهبة. وقد سبق بحث إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالسبب إلى الغير^(٣).

وما يقطع في صورية الثمن أن يرى البائع في عقد البيع نفسه المشتري من الثمن

= وفاة المتصرف، كما طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لثبت هذه الصورية بالبينة على أساس أن رابطة الامومة التي تربط المتصرف بأولادها المتصرف إليهم والظروف التي تم فيها هذا التصرف تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على دليل كتابي، وكان الحكم المضمون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهري والرد عليه فإنه يكون مشوباً بالقصور بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٧٣/١/١٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٦)

(١) استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٥٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٣.

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٤٧.

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ - فقرة ٦٣٠ - ومن القرائن القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحاً كل الوضوح، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجدي، وأن الثمن المذكور في العقد ليس إلا ثمناً صورياً والعقد ليس إلا تبرعاً (نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢، الهامات ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ - جيوار ١ فقرة ٩٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهاللي وحامد زكي فقرة ١٠٦). على أنه لا يجوز أن يستفاد دائماً من مجرد إعسار المشتري وعلم البائع بهذا الإعسار أن الثمن صوري ليس في نية البائع نقضه، فقد يؤمل البائع أن المشتري سيلقى بعد عسر يسرا (بودري وسينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٩٥) - أما العكس فغير صحيح، فقد يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن ويكون مع ذلك الشراء الحاصل منه صورياً، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد. فإذا اثبتت المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري لإبائها ليسره ومقدرته على دفع الثمن، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦).

(١) أ- إذا كان التصرف منجزاً فإنه لا يتعارض مع تنجيزه، عدم استطاعة المتصرف إليه دفع الثمن المبين بالعقد لأن التصرف الناجز يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد في حقيقته بيعاً أو هبة مستترة في عقد بيع استند في شكله القانوني.

(جلسة ١٩٧٣/٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ١٥١)

(جلسة ١٩٧٢/٦/٢١ الطعن ٤١١ لسنة ٣٤ ص ٢٣ ص ١١٤٢)

ب- متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته التقديرية من أقوال شهود الطرفين ومن المستندات التي كانت بين يديه أن ثمن الاطيان موضوع عقد البيع هو مبلغ ... وأن المطعون ضده أوفى بهذا الثمن كاملاً ورتب على ذلك توافر ركن الثمن في عقد البيع، وانتهى إلى صحته ونفاذه، وكان استخلاصه في هذا المقام مائفاً فإن ما تثيره الطاعة لا يبدو أن يكون جديلاً موضوعياً يخرج عن رقابة محكمة النقض

(جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٢٨٧)

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ الطعن ٨٤٣ لسنة ٤٤ ص ٢٩ ص ٨٩١)

(جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ الطعن ٢٣٥٣ لسنة ٥٧ ص ٥٧)

المذكور في العقد، أو أن يهبه إياه، فإن هذا معناه أن البائع ليس في نيته أن يتقاضي الثمن، وإنما يريد أن يسبق على العقد صورة البيع. وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعاً، وإذا اعتبر هبة فإنه يكون هبة مكشوفة لا مستترة، فيجب لانعقادها أن تكتب في ورقة رسمية في الأحوال التي تشترط فيها الرسمية في الهبة^(١).

لكن إذا تم عقد البيع بذكر ثمن جدي فيه، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إياه، فإن البيع يبقى صحيحاً فقد سبق أن انعقد بثمن جدي، وإبراء البائع المشتري من الثمن أو هبته له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان^(٢).

٢١٦- الثمن التافه: ويلحق بالثمن الصوري الثمن التافه، وكما لا يتم البيع بثمن صوري كذلك لا يتم بثمن تافه^(١). والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه، وإن كان قد حصل عليه فعلاً^(٢). فإذا باع شخص داراً قيمتها ألف بعشرين مثلاً، كان الثمن تافهاً، فلا يتم البيع. وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة، فإن الهبة تكون مكشوفة لا مستترة، وتجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك^(٤).

(١) ولا يقال إن البيع يكون باطلاً وينحول إلى هبة صحيحة، بل العقد هبة مكشوفة رأساً (الأستاذ جميل الشرقاوي ص ١٠٦). وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراد المشتري منه أو هبته إياه، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون سائراً لهبة، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر، إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشروط اللازمة لصحته (نقض مدني ٩ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٠ ص ٤٠٠).

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٥٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧ - الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٤٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ - ويترتب على ذلك أنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع، وبأخذ الشفيع المقار بالثمن المسمى الذي أبرئ منه المشتري أو وهب إياه، ولو اعتبر العقد هبة لما جاء الأخذ بالشفعة. وفي التقنين المدني العراقي نص صريح في هذا المعنى، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٩ من هذا التقنين على ما يأتي: «وللبائع أن يحيط بجميع الثمن قبل القبض، ولكن لا يلحق هذا الخط بأصل العقد. فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفيع المبيع، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى» (انظر أنفاً فقرة ٢٠٦ في الهامش).

(٣) محكمة مصر ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص ١٨٧ - وهذا ما يميز الثمن التافه من الثمن الصوري. فالثمن التافه قليل جداً من النقود لا يتناسب أصلاً مع قيمة المبيع، ولكن البائع يحصل عليه فعلاً. أما الثمن الصوري فيكون عادة مقداراً من النقود مناسباً لقيمة المبيع، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يقصد ذلك!

(٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٨ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ١٠٧ هامش ٣ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٤٧ ص ٢١٤ - انظر عكس ذلك وأن الهبة تكون مستترة لا مكشوفة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١.

(١) لا يشترط أن يكون المقابل في عقد البيع (الثمن) متكافئاً مع قيمة المبيع بل كل ما يشترط فيه

ويلحق بالثمن التافه، فيكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع، أن يبيع شخص عيناً بثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب أقل من ريع العين. فإذا باع شخص داراً ريعها مائة بإيراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون، فقد وضع أن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله في مقابل الدار، إذ هو يقبض ريعها ويعطى البائع منه الإيراد المرتب. وفي هذه الحالة يكون العقد هبة لا بيعاً^(١)، والهبة مكشوفة لا مستترة^(٢)، يشترط فيها الرسمية في الأحوال التي يوجب القانون فيها ذلك^(٣). على أن البائع إذا باع الدار بإيراد يعادل الريع الحالي للمبيع، وظهر من الظروف أن هذا الريع الحالي غير مستقر، وأنه عرضة للنقصان إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك، فأراد البائع أن يكفل لنفسه إيراداً ثابتاً وإن كان لا يزيد على الريع الحالي للدار، جاز اعتبار الثمن هنا ثمناً جدياً لا تافهاً، وإن كان ثمناً بخساً، وصح البيع^(٤).

٢- الثمن البخس

(دعوى الغبن الفاحش)

٢١٧- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي:

١. إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.
٢. ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع.

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتي:

= أن لا يكون تافهاً، فالثمن البخس يصلح مقابلاً لالتزامات البائع.

(جلسة ١٩٥١/٢/٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض قاعدة ١٣ ص ٣٤٦).

(١) بلائيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٧٢ - قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٢٥.

(٢) قارن بيدان ١١ فقرة ١٤٣.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل المبيع، وأن هذا يجعل الثمن معدوماً فيعتبر العقد باطلاً كبيع، فإن الحكم قد أقام قضاءً على أساس أن العقد يعتبر في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها في قالب بيع (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٦ ص ٥٧٣).

(٤) أنظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها - جيوار ١ فقرة ٩٧ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٦ - بيدان ١١ فقرة ١٤٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٧١ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١٠٧ - الأستاذ عبد المعص السراوي فقرة ١٤٦ - وقارن ماركانيه ١٥٩١ م ٣ فقرة ٣ - بودري وسينيا فقرة ١٣٠ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ ص ٤٢ - ص ٤٣ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ١٠٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩.

ويجوز الطعن في البيع بدعوى الغبن الفاحش إذا توافرت شروطها، كما ستري.

١٠. تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع.

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتي:

«لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كتص القانون بطريق المزايا العلني»^(١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٣٦-٣٣٧/١٩٤١-٤٢٠ (٢).

(١) تاريخ النصوص:

٤٢٥م: ورد هذا النص في المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً، إلا في عبارة واحدة عدلتها لجنة الشؤون التشريعية في مجلس النواب، إذ كان نص المشروع كما يأتي: «فليس للبائع إلا أن يطلب تكملة الثمن» فاستبدلت بهذه العبارة عبارة «فللبائع أن يطلب تكملة الثمن» لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك في حالة الغبن إلا دعوى تكملة الثمن، والواقع أنه يملك أيضاً دعوى لإبطال العقد لنقص أهليته، وقد يرى المصحح في إحدى الدعويتين دون الأخرى. وصار رقم النص ٤٣٨ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥ - ص ٣٧).

٤٢٦م: ورد هذا النص في المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً، وأصبح رقمه ٤٣٥ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧ - ص ٣٨).

٤٢٧م: ورد هذا النص في المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزايا العلني». وفي لجنة المراجعة حوّر النص تحويراً يجعل المعنى أدق، فأصبح المعنى مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمه ٤٤٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩ و ص ٤١).

(٢) التقنين المدني السابق ٤١٩/٣٣٦: الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق إلا للبائع في طلب تكملة الثمن، ويكون ذلك في حالة بيع عقار القصر فقط.

٤٢٠/٣٣٧م: يسقط حق إقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بستتين. ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية.

والفروق ما بين التقنينين الجديد والسابق بينتها المذكرة الإيضاحية فيما يلي:

١- التقنين السابق لم يذكر إلا القاصر، وجرى القضاء المصري على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضاً من غير كامل الأهلية كالحجور عليه، فسجل التقنين الجديد هذا القضاء بأن نص على بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (استئناف محتلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥ - قارن ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠).

٢- نص التقنين الجديد على الطريقة التي يقدر بها الغبن، فذكر أنه يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع. وهذا ما جرى عليه القضاء المصري، فقته التقنين الجديد ناقلاً في ذلك عن المشروع الفرنسي الإيطالي (٣٩٥م).

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المواد ٣٩٣-٣٩٥ وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤١٤-٤١٦ وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٢٤- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبنانيين ٢١٣-٢١٤ (١).

وبرى من ذلك أن الثمن البعس، وهو الثمن الذي يقل عن قيمة المبيع كثيراً ولكنه ثمن جدي قصد البائع أن يتقاضاه، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا، إذا توافر فيه شروط

٣- جعل التقنين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلاً من سنتين، حتى يتسق التشريع في دعوى الإبطال مع دعوى تكسية الثمن للعين (انظر سريان التقنين الجديد بالنسبة إلى الزمان فيما يلي فقرة ٢٢٣).

٤- نص التقنين الجديد على عدم جواز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزايدة العلنية، كالبيع جبراً للتنفيذ على مال المدين وكبيع عقار القاصر في المزايدة العلنية، لأن المفروض في هذه البيوع أن كل الإجراءات اللازمة للحصول على أعلى ثمن ممكن وقت البيع اتخذت، فإذا رما المزايدة رغم ذلك بثمن فيه غبن، فليس في الأمر حيلة. وفي هذا أيضاً تقنين لما جرى عليه القضاء في مصر.

انظر فيما تقدم مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩- ص ٤٠.

وتمكن إضافة فرق خامس إلى هذه الفروق الأربعة، وهو الخاص بحماية الغير حسن النية، فقد عمم التقنين الجديد إذ شمل بالحماية كل من كسب حقاً عينياً على العقار المبيع، وقصر التقنين السابق الحماية على أصحاب الرهون العقارية.

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٣٩٣- ٣٩٥ (مطابقة للمواد ٤٢٥-٤٢٧ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٧٧- فقرة ٨٣).

التقنين المدني الليبي م ٤١٤- ٤١٦ (مطابقة للمواد ٤٢٥-٤٢٧ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ١٢٤، ١- مجرد الغبن لا يمنع من نفاذ العقد ما دام الغبن لم يصحبه تفرغ.

٢- على أنه إذا كان الغبن فاحشاً وكان المبيعون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه الغبن مال الدولة أو الوقف، فإن العقد يكون باطلاً. ٣- لا يجوز الطعن بالغبن في عقد تم بطريق المزايدة العلنية.

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري بوجه خاص في الجزاء المترتب على الغبن، في التقنين المصري الجزاء هو تكملة الثمن، أما في التقنين العراقي فالجزاء هو بطلان العقد أصلاً).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢١٣: الغبن هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات الموضع.

م ٢١٤: إن الغبن لا يفسد في الأساس رضا المبيعون، ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية: أولاً- إذا كان المبيعون قاصراً. ثانياً- إذا كان المبيعون راشداً وكان للمعين خاصتان: الأولى أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المبيعون. ويمكن إلى الدرجة المعينة فيما تقدم إبطال عقود الفرر نفسها بسبب الفرر.

(ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري فيما يأتي: (١) لم يحدد التقنين اللبناني رقماً ثابتاً للغبن، وقد حدد التقنين المصري رقماً فجعله الخمس. (٢) مزج بين الغبن والاستغلال. (٣) قصر الغبن على القاصر دون غيره ممن لم تتوافر فيهم الأهلية. (٤) جعل جزاء الغبن إبطال العقد لا تكملة الثمن).

الثمن. فإذا باع شخص كامل الأهلية داراً قيمتها أربعة آلاف بالدين أو بألف، كان البيع صحيحاً (١)، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بعس الثمن، فهو ثمن حدي وإن كان ثمناً قليلاً (٢).

على أن بعس الثمن - كما يخلص من النصوص المتقدمة الذكر - يعيب البيع في حالة واحدة، هي حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة إذا توافرت جاز الطعن في البيع بدعوى الغبن الفاحش (٣).

١- الشروط الواجب توافرها لتحقيق الغبن الفاحش

٢١٨- شروط أربعة: يجب لتحقيق الغبن الفاحش الذي يعيب البيع توافر شروط أربعة تستخلص من نصوص المواد ٤٢٥-٤٢٧ مدني: (١) أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية. (٢) وأن تكون العين المبيعة عقاراً (٣) والا يكون البيع في مزايدة علنية تم وفقاً لأحكام القانون (٤) وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس.

٢١٩- الشرط الأول - صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية: يجب أولاً أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية. فإن كان كامل الأهلية، فهو حر في أن يبيع ماله بأي ثمن شاء. وإن باعه بثمن قليل، ولم يؤثر في سلامة البيع مقدار الغبن الذي لحق به مهما كان هذا الغبن فاحشاً، ما دام الثمن جدياً قصد البائع أن يحصل عليه (٤). وليس

(١) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢- ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١.

(٢) وقد يدخله البطلان من طريق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس أو الغلط (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ٥٩ ص ٣٠٥ - وانظر أيضاً فقرة ٢١٤ في الهامش).

(٣) أما الغبن ذو المعيار الذاتي الذي يعيب الرضاء نفسه ولو كان المتعاقد كامل الأهلية - الاستغلال - فقد سبق بحثه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢١٢).

(٤) أما في القانون الفرنسي فيجوز الطعن في بيع العقار المملوك لكامل الأهلية إذ زاد الثمن على ١٢/٧ من قيمة العقار وقت البيع، ويجبر المشتري إما على رد العين واسترداد الثمن وإما على تكملة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة وقت البيع. فرد المبيع هو الالتزام الأصلي، وتكملة الثمن التزام بدلي (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٦ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٢ - جوسران ٢ فقرة ١٠٥٥ ص ٥٥١) أنظر في تاريخ دعوى الغبن في القانون الفرنسي وأصل هذه الدعوى في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم بوحدي وسينيا فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٣ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٥.

وفي الفقه الإسلامي يمنع الغبن إطلاقاً في الأموال الربوية (وهي المظنومات والأثمان أو المكيلات والموزونات). وفيما عدا الأموال الربوية لا يؤثر الغبن إذا لم يصحبه تعريض، ولكن مجرد الغبن إذا كان فاحشاً يؤثر في بيع أموال المحجور وبنت المال والوقف فيحمل العقد فاسداً.

يعيب بيع كامل الأهلية، عن طريق الغبن، إلا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامع وأن تتوافر سائر شروط الاستغلال، ويختلف معيار الاستغلال عن معيار الغبن في أن ذلك ذاتي وهذا موضوعي^(١).

فالأوجب إذن أن يكون صاحب العين المبعة غير كامل الأهلية، سواء كان فاقدا الأهلية أصلاً أو كان ناقصاً فحسب^(٢). فيجوز أن يكون صبيّاً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً، وهؤلاء فاقدون الأهلية أصلاً، ويبع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم. ويجوز أن يكون صبيّاً مميزاً أو محجوزاً عليه لعقلة أو لفسه، وهؤلاء ناقصو الأهلية، ويبع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم، وقد يباشرون البيع بأنفسهم. أما النائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائي، فهؤلاء لا يعتبرون ناقصي الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العاهة، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية.

٢٢٠- الشرط الثاني - العين المبعة عقار: ويجب ثانياً أن تكون العين المبعة عقاراً. فبيع المنقولات بأى ثمن جدى مهما قل لا يعيبه الغبن الفاحش، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية^(٣). ومن ثم إذا بيعت أسهم^(٤) أو سندات أو سيارة أو «عامة» أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المنقولات ذات القيمة الكبيرة بغبن فاحش، لم يؤثر ذلك في سلامة البيع، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لقاصر أو لمحجور عليه. وكذلك إذا بيع متجر (fonds de commerce) فالتجر يعد منقولا^(٥). فالمنقولات لا تخمىها إذن دعوى الغبن الفاحش وإنما تخمىها الإجراءات التي رسمها المشرع لحماية

(١) وقد جاء في المذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «وبلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادي. أما الغبن في العقد بصفة عامة، وهو الاستغلال المنصوص عليه في الالتزامات بوجه عام، فمعياره معيار نفسي: ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معلوم... ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يطمئن فيه بالغبن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستغلال التي سبق بيانها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤١).

(٢) ويندر أن يكون صاحب العقار المبيع فاقدا الأهلية أصلاً، لأنه إذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلاً، وإذا باشره عنه وصيه بنهر إذن المحكمة كان العقد باطلاً أيضاً. فيبقى أن يباشر العقد الوصي بإذن المحكمة، ولا يباع العقار في مزاد علني، ويقع في البيع غبن فاحش. ويبقى أيضاً أن يباشر العقد الولي في الحدود التي لا يشترط فيها إذن المحكمة، ويقع في البيع غبن فاحش أما إذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الأهلية، فيضاف إلى هذين الفرضين فرض ثالث، هو أن يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع في البيع غبن فاحش، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الإبطال وبدعوى الغبن الفاحش. أنظر ما يلي فقرة ٢٢١.

(٣) استئناف مخطوط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣.

(٤) غير أن بيع حصص في شركة عقارية يعتبر بيع عقار، إذا أدى إلى تجميع الحصص كلها في يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة (بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥).

(٥) بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥.

القصر والمحجور عليهم في قانون الولاية على المال، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة.

إما إذا كان المبيع عقاراً، فتحميه دعوى الغبن الفاحش. ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كذار أو أرض^(١)، أو يكون حقاً عينياً دون حق الملكية ما دام واقعاً على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر^(٢). ولكن حوالة الحق الشخصي غير العقارى، ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عينى واقع على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز، لا يعتبر بيع عقار. بل هو بيع منقول لا تخميه دعوى الغبن الفاحش، لأن البيع واقع على حق شخصى غير عقارى. فإذا كان الحق الشخصى واقعاً على عقار، كحوالة حق المشتري القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع، اعتبر عقاراً وجازت حمايته بدعوى الغبن الفاحش.

وإذا كان المبيع عقاراً ومنقولاً يباع صفقة واحدة بثمن واحد، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول، وجاز الطعن بالغبن في العقار دون المنقول. وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة، جاز الطعن في البيع كله بالغبن، على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته في الثمن^(٣).

٢٢١- الشرط الثالث - لا يكون البيع في مزاد علنى تم وفقاً لأحكام القانون: ويجب ثالثاً ألا يكون البيع في مزاد علنى. ونلاحظ بادئ ذى بدء أن الذى تخميه دعوى الغبن الفاحش هو البيع^(٤) لا الشراء. فإذا اشترى لقاصر أو المحجور عليه عقاراً ولو بغبن فاحش، فليست دعوى الغبن هي التي تخميه^(٥)، وإنما تخميه الإجراءات المرسومة لهذا

(١) لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصلي في حساب الغبن.

(٢) ويستوى أن يكون العقار مقررّاً أو شائعاً - ولا يعتبر عقاراً المنقول بحسب المال كما في بيع البناء بقصد هدمه، وبيع الأشجار بقصد قلمها، وبيع حق استخراج المعادن والأحجار من المناجم والهاجر (بودرى وسينيا فقرة ٦٨٠).

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٨ هامش ٦ - بودرى وسينيا فقرة ٦٨١ - بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦.

(٤) على أنه لا يجوز الطعن، في عهد التقنين المدني السابق، في بيع الوفاء بالغبن. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز تطبيق قواعد الغبن الفاحش على عقد البيع الوقائي الصادر من ولي القاصر للغير عن جزء من أملاك القاصر، وذلك سواء أكان العقد عقد بيع وفائي أم كان المقصود به إخفاء رهن عقارى. وذلك لأن للبايع في العقد الأول استرداد المبيع إذا رد الثمن في الميعاد، ولأن المشتري في العقد الثاني ليس له أى حق عينى على العين وإنما له دين عاوى، وبذلك ينتفى حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه في ماله لإمكان استرداد العين المبعة في الحالتين (٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧).

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يستطيع الطعن في الشراء بدعوى الغبن، ولو اشترى بأكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس (٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١).

الغرض في قانون الولاية على المال، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة كما سبق القول.

فالبيع وحده هو الذي تخميه دعوى الغبن. ويجب ألا يكون البيع حاصلاً بالمزاد العلني، لأن المزاد يفسح السبل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع. فإذا رما المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن، فلا محل إذن للطعن في المبيع بالغبن. هذا إلى أن جعل البيع بالمزاد مهدداً بأن يطعن فيه بالغبن قد يكون سبباً لإحجام كثيرين من الدخول في المزاد، فلا تنهياً الأسباب كاملة للوصول بثمنه إلى أعلى مقدار ممكن، وتقلب الحماية ضرراً لا نفعاً.

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٢٧ مدني تجرى على الوجه الآتي: «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلني». فكان الطعن بالغبن ممتنعاً، بموجب هذا النص، في بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلني، وذلك كبيع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عيناً. أما إذا كان البيع لا يتحتم قانوناً أن يكون بالمزاد العلني، كبيع عقار غير كامل الأهلية والغائب^(١)، فإنه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلني. ولكن نص المشروع التمهيدى حور في لجنة المراجعة، واستقر النص في المادة ٤٢٧ من التقنين المدني الجديد على الوجه الآتي: «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني»^(٢). فأصبح، بموجب هذا النص، الطعن بالغبن ممتنعاً في بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزاد العلني، وتم البيع فعلاً بالمزاد كنص القانون أي وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (م ٤٥٩ - ٤٦٣ مرافعات)^(٣).

= كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في المقايضة، أو تقديم عقار كحصة في شركة، ولا في الوفاء بدين مقابل هو عقار وإن كانت هذه الحالة الأخيرة محل شك (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٥٣ - الأستاذ جميل الشراوى ص ٤٤).

(١) فهذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (انظر المواد ٤٥٩ - ٤٦٣)، وإن كان القانون لا يحتم ذلك. فقد يحصل الوصي على إذن المحكمة في بيع عقار القاصر، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير في قيمة العقار ومناسبة الثمن لهذه القيمة دون أن تختم أن يكون البيع بالمزاد العلني.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش.

(٣) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح ص ١١٢ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٢ - ص ٦٣.

وفي معنى الرأي الذي نذهب إليه قضت محكمة النقض بأن المادة ٦١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة، ولا يترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ لم يشر باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها. ولأزم ذلك أن يبيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبي لا مخالفة فيه للقانون ولا للمادة =

ويخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية: (١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزاد العلني تنفيذاً لدين^(١). (٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزاد العلني لعدم إمكان قسمته عيناً. (٣) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزاد العلني تنفيذاً لأمر المحكمة التي أذنت في البيع^(٢).

ويجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية: (١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الإبطال معاً^(٣). (٢) إذا

=المشار إليها. ويكون حكم البس المذكور غير واجب الاتباع إلا في حالة بيع عقار القاصر المأذون في بيعه من الجهة المختصة بالمزايدة (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤).

(١) ويستوى أن يكون المزاد العلني قضائياً أو إدارياً، فإذا بيع عقار محجوز بيعاً إدارياً لاستيفاء الضريبة، لم يجر الطعن في البيع بالغبن، لأنه بيع تم بطريق المزاد العلني كنص القانون (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢).

(٢) كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في نزاع ملكية عقار مملوك لغير كامل الأهلية للمنفعة العامة، بحجة أن التعويض غير كاف وأنه ينطوي على غبن فاحش؛ فالمفروض أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التي فتحتها له القانون لجعل التعويض عادلاً لا ينطوي على غبن (كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٥٨٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٥٢ ص ٥٥١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٧١).

(٣) فإذا أجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد، زال سبب الإبطال وبقي سبب الغبن، فيجوز له حيثئذ أن يطعن في البيع بالغبن. وتحقق مصلحته في ذلك إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن عما كانت وقت البيع، فإن هو طعن بالإبطال استرد عقاراً قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس. فتكون له إذن مصلحة في أن يطعن بالغبن دون الإبطال حتى يستكمل أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع، فيكسب من دعوى الغبن أكثر مما يكسب من دعوى الإبطال. مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع ستمائة، فيبيعه القاصر بثلاثمائة. فإذا بلغ سن الرشد، وقد نزلت قيمة العقار إلى أربعمائة، كانت إجازة البيع واستكمال أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى الغبن خيراً للبائع من إبطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه. ذلك أنه في الحالة الأولى يكسب مائة وثمانين، وهو المقدار الذي يستكمل به أربعة أخماس قيمة العقار. أما في الحالة الثانية فيسترد عقاراً قيمته وقت استرداده أربعمائة، ويرد الثمن وهو ثلثمائة، فالفرق الذي يكسبه هو مائة فقط.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد، وكان نظام المجالس الحسبية إذ ذاك قائماً، ما يأتي: «هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع في أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام، فإن يبيع عقار القاصر والمحجوز عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبي بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الغبن، على أن الغبن يتصور وقوعه بالرغم من ذلك، كما إذا باع القاصر عقاره بثمن يخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبي. فيكون البيع قابلاً للبطلان من جهة، وقابلاً للطعن عليه بالغبن من جهة أخرى. وقد يجوز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد، ثم يطعن فيه بالغبن إذا كانت له مصلحة في ذلك. وتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالغبن =

باع الأب مال ولده فيما لا تزيد قيمته على ثلثمائة جنيه، إذ لا يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة (١) (١). (٣) إذا باع الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبير، ولكن دون أن يكون البيع حاصلًا بالمزاد العلني لعدم اشتراط المحكمة ذلك. فقد يقع في هذه الحالة الأخيرة غبن يزيد على الخمس، وذلك بالرغم من رأى الخبير الذي وافق على البيع، وبالرغم من أن المحكمة كانت تملك رفض الإذن إذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة.

ولا يمنع من الطعن في البيع بالغبن أن يكون البيع احتمالياً، إذ يجوز أن يدخل الغبن البيع الاحتمالي. فإذا بيع عقار محجوز عليه بإيراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإيراد لا يزيد على ربع العقار، فالشمن هنا جدي ولكنه ثمن بخس، وقد لحق البائع منه غبن فاحش، فيجوز الطعن في البيع بالغبن (٢).

عما كانت وقت البيع، بحيث تكون تكملة الثمن التي يحصل عليها من وراء الطعن بالغبن غيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطالان (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ - ص ٤١).

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الولي لمال القاصر بغبن فاحش يعطى الحق في طلب تكملة الثمن لا في طلب بطلان العقد، أما إذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق عند وجود الغبن الفاحش في رفع إحدى دعويين، هما دعوى بطلان التصرف لعدم الأهلية ودعوى تكملة الثمن (٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧).

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالغبن في عقد وقع من حل محل القاصر شرعاً في التعامل عنه، أما إذا صدر البيع من القاصر نفسه فإن القاصر يجوز له طلب أبطال هذا البيع لنقص الأهلية (٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٦٧).

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٧٥ - ١٧٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٣ ص ٢٢٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦ في الهامش - كذلك إذا كان العقار المبيع هو حق انتفاع مدى حياة المنتفع أو حق ربة انفصل عن حق انتفاع مدى حياة المنتفع، فإن هذا بيع احتمالي، لكن يجوز أن يدخله الغبن (أنظر في تطور هذه المسألة في القضاء الفرنسي وانتهائه إلى إقرار هذا المبدأ بلاتويل وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٩؛ وأنظر كولان وكايتان ٢ فقرة ١٠٥٢ - أسيكلوبيدي داللو ٥ لفظ vente فقرة ٤٨٩ - فقرة ٤٩٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٥ ص ٦١ - ص ٦٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ٥٨ - الدكتور توفيق فرج في نظرية الاستغلال رسالة من الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٢٦٠ - ص ٢٧٢ - وقارن الأستاذين نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٧٧).

(١) تنص المادة السابعة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في فقرتها الثانية على أنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه عيب يزيد على خمس القيمة قاصر على التصرفات الحاضرة لاستئذان المحكمة، وإذا كان عقد البيع الصادر من الولي الشرعي بيع أطيان النزاع - التي آلت للقاصر بطريق التبرع من أبيه - إلى المطعون =

٢٢٢ - الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت البيع بأكثر من الخمس والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة العقار المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة. أما إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن. ونقف هنا عند رقم محدود لا تتعداه، وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامي ففيه أن الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس، ومن ثم كان معيار الغبن موضوعاً بخلاف الاستغلال فإن معياره ذاتي (١) كما قدمنا.

والعبرة في تقويم العقار، لحساب مقدار ما وقع من غبن، بوقت البيع (٢)، لا بوقت الطعن بالغبن. فإذا كانت قيمة العقار ألفاً وبيع بسبعمئة، كان هناك غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع. ومن ثم يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن، واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن أربعة أخماس القيمة، حتى لو نزلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن إلى سبعمئة فأصبح الثمن مساوياً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى (١).

ضدها الأولى غير مقيد بصدر إذن من المحكمة بإبرامه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بصحته ونفاذه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه. (جلسة ١٩٨٠/٥/١٩ الطعن ٩٥٧ لسنة ٤٩ ق)

(١) فلا يشترط في الغبن أن تكون إرادة المغبون معيبة، بل يصح أن يكون على بينة من أمره غير مضغوط عليه وقد باع مختاراً بهذا الغبن الفاحش. أما في الاستغلال فلا بد أن يكون قد استغل في المغبون طيشه البين أو هواه الجامح.

ومن ذلك ترى أن دعوى الغبن ترجع في طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة ولا إلى نقص في الأهلية ولا إلى تخلف السبب جزئياً ولا إلى مسئولية تقصيرية، وإنما يرجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع والثمن، ولذلك جاء الكلام فيها بعد الكلام في تقدير الثمن، وهكذا فعل التقنين المدني الجديد. والقانون عندما يتطلب هذا التعادل في حالة القاصر والمحجور لا يتسامح إلا في يسير لا يزيد على خمس القيمة، ولذلك كان الغبن الفاحش عيباً في العقد ذاته أي في التعادل ما بين المبيع والثمن (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٢ - وقارن الأستاذ جميل الشراوى ص ٤٧ - ص ٤٩).

(٢) كذلك إذا كان البيع إنما وقع تنفيذاً لوعده سابق بالبيع ذكر فيه الثمن، فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له، بالبيع في شراء العقار، إذ في هذا الوقت يتم البيع. ولا يعتد بوقت الوعد بالبيع، وقد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة، والاعتبار في كل ذلك إنما يكون بالوقت الذي يتم فيه البيع أي عند ظهور رغبة الموعود له في الشراء (بلاتويل وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٤).

(١) أ- مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدني أنه يشترط للمتمسك بالغبن في البيع وفقاً له أن يكون مالك غير كامل الأهلية سواء كان فاقدها أو كان ناقصها وقت البيع وأن هذا الدفع فيما لو ثبت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن. (جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣ الطعن ٦٥١ لسنة ٥٩ ق)

ب- يشترط لتحقيق الغبن الفاحش في بيع عقار غير كامل الأهلية أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس، وتقدير ما إذا كانت قيمة العقار تزيد على الثمن بأكثر من خمس -

وكذلك العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار المبيع، ولا تدخل المصروفات فهي لا تعود على صاحب العقار بفائدة (١).

ب- ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣- دعوى تكملة الثمن: ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتكملة الثمن (٢). ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أخماس قيمته، فإذا بيع بأقل من ذلك لم يطل البيع، ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة (٣). وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يغبن في أكثر من الخمس، وهو المقدار الذي يتغابن فيه الناس عادة. ولا يكون الغبن سبباً في إبطال البيع، إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس (٤).

والذي يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع، بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه. يرفعها بنفسه عند بلوغه سن الرشد وإجازته للبيع إذا كان هو الذي باشره. فإذا مات

= القيمة هو من سلطة محكمة الموضوع ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائفة، ولما كان بين من الحكم المطعون فيه أنه لم يتقيد في تقدير قيمة الأطنان المبعة بأحكام المادة التاسعة من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ في شأن قيمة التعويض الذي كان يستحق عن هذه الأطنان في حالة استيلاء الحكومة عليها وإنما اتخذ من تحديد الثمن بالعقد مبلغ مماثل قيمة التعويض المذكور قرينة على أن الثمن المتفق عليه في العقد ليس فيه غبن فاحش وهو تدليل سائغ يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم، وكان الطاعن لم يناع أمام محكمة الموضوع في أن الثمن المحدد في العقد مماثل سبعة من الضريبة المربوطة على الأطنان المبعة - وهو قيمة التعويض المنصوص عليه في المادة التاسعة مما يكون معه النقص في هذا الخصوص سبباً جديداً لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض، لما كان ذلك فإن النقص يكون على غير أساس.

(جسنة ١٩٧٦/٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٣٧٦)

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٥.

(٢) استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ١/١٨١ ص ١٥٠ - استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩.

(٣) فإذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة، قدرت تكملة الثمن وفقاً للحساب المتبع في شركات التأمين (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٠٢ هامش ٣).

ولم يصح التقنين المدني المصري، كما نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٨٢)، على أن للبائع المطالبة أيضاً بفوائد تكمة الثمن بالسعر القانوني من وقت المطالبة القضائية بتكملة الثمن. فلا بد من اتباع القواعد العامة في مصر، فلا تكفي المطالبة القضائية بتكملة الثمن لاستحقاق الفوائد بالسعر القانوني، بل لابد من المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها.

(٤) استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١.

قبل بلوغ سن الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن، رفعها ورثته من بعده (١). ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا يزال قاصراً، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي بعد إذن المحكمة (٢). وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته، لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري (٣). وترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المشتري، لأنها دعوى بحق شخصي (٤). وعلى المدعي، أي صاحب العقار المبيع، أن يثبت حقه في تكملة الثمن، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تريد على الثمن بأكثر من خمس القيمة، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع. فإذا أثبت ذلك، حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع. ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشتري، ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته، لأن الحق شخصي في ذمة المشتري كما قدمنا فجميع أمواله ضامنة للوفاء به. بل إن تكملة الثمن - وهي جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع (٥). فإذا بقي العقار في ملك المشتري، فإن البائع بماله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائني المشتري ويستوفي حقه قبلهم من ثمن هذا العقار. أما إذا تصرف فيه المشتري، معاوضة أو تبرعاً، فللبائع أن يتبعه في يد الغير بحق امتياز إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني، كما رأينا، على أن «يسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع». وقد جعل التقنين المدني الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدني السابق يجعلها سنتين (٦) حتى يتسق التشريع في

(١) والدعوى لا تنجز، فإذا تعدد الورثة وجب أن يتفقوا جميعاً على رفعها (بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٢٤٠ ص ٢٩١).

(٢) استئناف مصر ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٤ ص ١١٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٦ ص ٦٣ - وقارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٧٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٧٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١١١.

(٣) وإذا أخذ شفع العقار بالشفعة، حل محل المشتري في الالتزام بتكملة الثمن، ورفضت الدعوى عليه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٦٥ ص ٨٦).

(٤) أما في فرنسا فهي دعوى فسخ يتفادها المشتري بتكملة الثمن، ومن لم فهي دعوى مختلطة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٧ ص ٤٨٤).

(٥) ويجب شهر حق الامتياز عن طريق قيد تكميلي يأخذ مرتبته من وقت القيد (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٥).

(٦) فإذا كانت دعوى الغبن قد تقادت بستين قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، وهو يوم تقادم التقنين الجديد، فإنها تسقط. أما إذا كانت مدة الستين لم تنقض في هذا اليوم، طقت أحكام التقنين الجديد وأكلت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات.

٢ - تحليل معنى نقل الملكية

٢٣٣ - الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً : يجب التمييز بين ترتيب البيع للالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلاً ، وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامة فوراً بمجرد نشوئه . على أنه قد يسبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية يلتزم بها البائع ، ولا بد على كل حال من توافر شروط معينة حتى يتم نقل الملكية فعلاً . فإذا قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقل الملكية ، وتوافرت الشروط الواجبة لنقلها ، انتقلت فعلاً من البائع إلى المشتري بحكم القانون وقد كسبها المشتري بعقد البيع .

فتكلم إذن في القاعدة التي تقضي بأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ، وفي التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفي الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلاً .

٢٣٤ - الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون : جرى التقنين المدني المصري على تقاليد القوانين اللاتينية في الطريق التي بموجبها ينقل البيع الملكية إلى المشتري . فالبيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ثم يتم تنفيذه هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري . فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع ، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها ، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام .

فالقاعدة إذن أن الالتزام بنقل الملكية ينقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها ^(١) ، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك ، وهذا ما قرره المادة ٢٠٤ مدني إذ تقول : «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل» . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدني وأحالت على النص السالف الذكر إذ تقول : «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية» ^(٢) .

(١) استيفاء عقد البيع أركان انعقاده وشروط صحته . إثره . التزام البائع بالقيام بما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري عملاً بنص المادة ٤٢٨ مدني ، التزام البائع بذلك هو التزام يعمل بمفعول تنفيذه عيناً .

(جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ الطعن ٢٥١٥ لسنة ٦١ ق)

(٢) وقد نصت المادة ٣٩٣ من تقنين الموجبات والعقود اللاتني على ما يأتي : «إن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على أي عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيده في =

وقد سبق أن عالجتنا هذه المسألة في الجزء الثاني من الوسيط ^(١) ، فكتبتنا ما يأتي : ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام نقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه فتنتقل الملكية إلى الدائن بحكم القانون ، ينقضي الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقيه تحلفت عن تقاليد القانون روماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد . ثم كتبنا في حاشية «ويذهب بنكاز Bonnecase إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن عقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضي بمجرد أن نشأ . ويكفي للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، بذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر : أنظر التصرف القانوني والواقعة القانونية روس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه في بلد تتبع نظام السجل العقاري Livre Foncier يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل العقاري . وفي فترة الانتقال التي تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقاري يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل ، فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل» .

قلنا أنه قد توجد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيداً لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فوراً بحكم القانون فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري ، فما هي هذه الأعمال ؟ وما هي هذه الشروط ؟ ^(٢) .

٢٣٥ - التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية - نص قانوني : تنص المادة ٤٢٨ من التقنين المدني على أنه «يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً» ^(٣) .

=السجل العقاري . ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التقنين ما يأتي : «إن المشتري يكتسب حتماً ملكية المبيع إذا كان عيناً عندما يصبح البيع تاماً باتفاق المتعاقدين ، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف كالنص الوارد في المادة السابقة . ويكون الأمر كما تقدم حتى في الحالتين الآتيتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منعقد على شرط الالء» .

(١) فقرة ٤١٦ .

(٢) قارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١١ ص ١٥ - ص ١٦ وقرة ٨٠ ص ١٢١ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢ - ص ٤٣) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن حكمه كان معمولاً به دون نص لاتفاق مع القواعد العامة .

دعوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن^(١). فإذا كان صاحب العقار المبيع صبيهاً، فلولىه أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التي يبقى فيها الصبي غير كامل الأهلية، حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن في خلال الثلاث سنوات التي تلي بلوغه هذه السن. فإن مات قبل انقضاء الثلاث سنوات، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية. وإن مات قبل بلوغه من الرشد، فللورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته. والمدة مدة تقادم لا مدة سقوط، فيرد عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدة التقادم. ولكنها لا توقف، لأن التقادم الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثله (م ٢/٣٨٢ مدني). أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه، فإنه يكون للمقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر. فإن مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه، فلورثته رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته. وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى في خلال الثلاث سنوات التي تلي رفع الحجر على النحو الذي تقدم في شأن القاصر^(٢).

وقد قدمنا أن دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى إبطال البيع لنقص الأهلية^(٣). ودعوى الإبطال هذه تسقط هي أيضاً بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع، فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويين.

٢٢٤ - دعوى الفسخ: ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه، أن يطلب أيضاً فسخ البيع، شأنه في ذلك شأن كل بائع لم يستوف

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩ - وانظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش.

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «تسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية، وتنقل الدعوى في هذه الحالة إلى الورثة، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعي» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠).

وبلاحظ أنه إذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهى الحجر قبداً سريان مدة الثلاث سنوات، فإن هذه المدة لا تقف ولو حجر في خلالها على البائع، لأن الوقف لا يرد عليها كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٧٦).

ويحوز بعد أن يستكمل البائع أهليته أن ينزل عن دعوى تكملة الثمن وعن دعوى الإبطال. أما وهو لا يزال غير كامل الأهلية، فلا يحوز له ذلك، بل لا يحوز ذلك أيضاً للولي ولا للمحكمة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٧٣).

(٣) أما دعوى الاستغلال فتعطي لكامل الأهلية، إذ أن غير كامل الأهلية ليس في حاجة إليها وعنده ما هو أقوى منها وهي دعوى الإبطال (قارن الأستاذ جميل الشراوى ص ٤٧).

الثمن بأكمله^(١). فإذا فسخ البيع، استرد البائع العقار ورد ما قبضه من الثمن، ولكن له أن يطلب الحكم على المشتري بتعويض^(٢).

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشتري. فإذا كان المشتري قد تصرف في العقار معاوضة أو تبرعاً، فإن المتصرف إليه إذا كان حسن النية - وحسن النية مفروض فيه^(٣) - لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ. ذلك أن دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (م ٢/٤٢٦ مدني). ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية، ولا يبقى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري^(٤). فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أي أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير سعي النية.

وغني عن البيان أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن، وإن كانت تقوم نتيجة لها^(٥). فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أي من وقت امتناع المشتري عن دفع تكملة الثمن، وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فإنها تسقط بثلاث سنوات على التفصيل الذي قدمناه.

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «إذا حكم بالتكملة، ولم يدفعها البائع، جاز فسخ البيع - لا إبطاله - تطبيقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠). ولصاحب العقار المبيع كذلك أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري، إذا كان لم يسلمه إياه، وذلك إلى أن يستوفي تكملة الثمن، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد.

(٢) فإذا كانت قيمة العقار قد نزلت إلى أقل من أربعة أخماسها، واسترد البائع العقار، كان له أن يطلب تعويضاً هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمته بعد النزول.

(٣) ولكنه يعتبر سعي النية من وقت أن يسجل البائع عريضة دعوى الفسخ، فإذا لم يكن المتصرف إليه قد شمر حقه العيني - ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو غير ذلك - قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ، سرى الفسخ في حقه. أما إذا كان قد شمر حقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ، فلا يسرى في حقه الفسخ إذا كان حسن النية، فإن كان سعي النية سرى الفسخ في حقه.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠.

(٥) ولا يكتفي في التعويض باستكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع، بل يطلب قيمة المبيع كاملة إذا كانت هذه القيمة لم تنزل. ذلك أن البائع بعد الحصول على حكم بفسخ البيع، انتقل حقه من استكمال الثمن إلى استرداد المبيع ذاته، فإن تعذر عليه الاسترداد بفعل المشتري وجب على هذا تعويض كامل أي دفع قيمة المبيع (قارن الأستاذ عبد المنعم الدراوى فقرة ١٥٥).

(٦) وفي القانون الفرنسي، كما رأينا، يطلب البائع فسخ البيع، فيستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بتكملة الثمن. فالبائع في القانون الفرنسي يبدأ بدعوى الفسخ، وينتهي بتكملة الثمن. أما البائع في القانون المصري فيبدأ بدعوى تكملة الثمن، وينتهي بالفسخ.

الفرع الأول

التزامات البائع

٢٦٦ - التزامات أربعة : يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص، بالتزامات أربعة : (١) نقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) تسليم المبيع له (٣) ضمان التعرض والاستحقاق (٤) ضمان العيوب الخفية (١).

المبحث الأول

نقل ملكية المبيع

٢٢٧ - المقصود بالمبيع - تفرق النصوص القانونية : قدماً (٢) أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون حقاً عينياً آخر متفرعاً من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بحالة الحق، بل قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحقوق المؤلف والملكية الفنية والملكية الصناعية .

وفي جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع إلى المشتري طبقاً للقواعد والإجراءات التي قررها القانون . فبيع الدار يترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشتري ، وبيع حق الانتفاع يترتب عليه نقل حق الانتفاع (أو ملكية حق الانتفاع) ، وبيع الحق الشخصي يترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي ، وبيع حق المؤلف يترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذي نعينه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدني نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في نصوص متفرقة، هي المواد ٢٠٤ إلى ٢٠٧ مدني والمواد ٤٢٨ إلى ٤٣٠ مدني والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤ مدني، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلي . أما نقل الحق الشخصي - وهذه هي حالة الحق - فقد عرض له التقنين المدني في المواد ٣٠٣ إلى ٣١٤ مدني ، وقد سبق بحث حالة الحق

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني المصوم المتعلقة بانتقال ملكية المبيع في فصل خاص ، ثم أورد بعد ذلك سائر التزامات البائع ، بعد أن جمع على غرار التقنين المدني الفرنسي بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمنان العيوب الخفية تحت عبارة «ضمنان المبيع» فنص في المادة ٤٠١ منه (أنظر أيضاً ١٦٠٣ مدني فرنسي) على ما يأتي : «على البائع واجبات أساسيات : أولاً ، تسليم المبيع . ثانياً ، ضمان المبيع .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠١ .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على البيع

٢٢٥ - تطبيق القواعد العامة : البيع عقد ملزم للجانبين ، فالآثار التي تترتب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري (١) . ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشتري (٢) .

(١) فإذا لم يقم أحد المتبايعين بالتزاماته ، جاز للآخر وفقاً للقواعد العامة ، فسخ البيع . وجاز له أيضاً حبس المبيع إذا كان هو البائع ، أو حبس الثمن إذا كان هو المشتري . وللبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن بأكمله ، ومحل بحثه عند الكلام في حقوق الامتياز .

(٢) ويلاحظ أنه في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري تسري القاعدة التي تقضي بأن يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشتري لمصلحة المشتري . وقد قضت المادة ١٦٠٢ من التقنين المدني الفرنسي بأن التفسير يكون دائماً لمصلحة المشتري ، وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا النص استثناء فلم يتوسع في تطبيقه ، وقصره على الشروط المألوفة في المبيعات ، أما الشروط غير المألوفة التي تعهد بها البائع فتفسر لمصلحته (بودري وسينا فقرة ٢٨٣ - ٢٨٤ - وانظر آنفاً فقرة ٢٤) .

وقد كان القضاء المختلط يفسر البيع لمصلحة المشتري إذا تطرق الشك إلى بيان الشئ المبيع مع أن هذا داخل في التزامات البائع فكان ينبغي أن يفسر لمصلحته لا لمصلحة المشتري . وكان هذا القضاء يستند في ذلك إلى أن البائع أدري بالشئ المبيع ، فإذا لم يبينه بياناً كافياً فهو المقصر وفسر الشك ضده (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ١١٩ - ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا أخذ المشتري على عاتقه قيمة الرهن الذي ينقل العين المبيعة ، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة في عقد البيع يفيد منها المشتري لأن الشرط يسر لمصلحة (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢) . وكان القضاء المختلط يجري بذلك على حكم نص التقنين المدني الفرنسي ، مع أن نص المادة ١٠٦٢ من هذا التقنين لم تنقل في التقنين المدني المختلط . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك في حكم (١) بأن القواعد العامة هي التي تسري في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري ، فالشك في التفسير يفسر لمصلحة المشتري والشك في المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه متى تبين أن محكمة الموضوع قد فسرت شروط البيع بخصوص تحديد كمية البيع تفسيراً سائماً لم تخرج به عن حد حمل عباراتها على ما يمكن تختمله ، ودعمت حكمها في هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات معقولة ، فإن ذلك لا يوجب في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدني ٢٠ مارس ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣) .

في الجزء الثالث من الوسيط فستبعدها من بحثنا هذا ، وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف فكأنها قوانين خاصة أشارت إليها المادة ٨٦ مدني إذ تقول : «الحقوق التي ترد على شيء غير عادي تنظمها قوانين خاصة» .

فيبقى إذن للبحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة من الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هي الحقوق التي نعنيها بلفظ «المبيع» ، فإذا قلنا نقل الملكية في المقول أو في العقار ، قصدنا بذلك نقل حق الملكية في منقول أو عقار ، أو الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وتكون واقعة على منقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحث ما يأتي : (١) نقل الملكية بوجه عام (٢) نقل الملكية في المنقول (٣) نقل الملكية بالعقار .

المطلب الأول

نقل الملكية بوجه عام

٢٢٨ - مسائل ثلاث : لم يكن البيع في القديم يولد التزاماً بنقل الملكية ، فلم يكن عقدًا ناقلاً للملكية . ولكنه تطور بعد ذلك تدرجاً ، حتى أصبح ينقل الملكية فبحث في هذا الصدد مسائل ثلاثاً : (١) التطور التاريخي للبيع كعقد ناقل للملكية (٢) تحليل معنى نقل الملكية (٣) ما يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلاً .

١ - التطور التاريخي للبيع كعقد ناقل للملكية

٢٢٩ - البيع في القانون الروماني : كان البيع في القانون الروماني عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذي كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : الأشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (jure in cesso) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) .

بل لم يكن البيع يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، وكان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع - ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية - هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة بموجها يضع يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض له البائع نفسه . فكان البائع ، إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة ، يلتزم أيضاً بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبي . وكان هذا يعتبر كافياً لتحقيق الغرض الذي يستهدفه البيع ، فما دام المشتري واضعاً يده على المبيع يحوز حيازة هادئة . ويتففع به بجميع الطرق المشروعة ، دون أن يتعرض له أحد في ذلك ، فما عليه ألا يكون مالكا وقد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية . وكان يترتب على ذلك أن البائع في القانون الروماني يصح أن يستبقى الملكية عنده دون أن ينقلها

إلى المشتري ، والضمان الذي يكفل للمشتري تحقيق بغيته هو التزام البائع بعدم التعرض له . بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره ، وكان يبيع ملك الغير صحيحاً ما دام البائع ، دون أن يكون مالكا ، قادراً على نقل حيازة المبيع إلى المشتري على النحو الذي أسلفناه ، وقادراً في الوقت ذاته على منع أي عمل يكدر على المشتري حيازته إذ هو ضامن له القرض والاستحقاق كما سبق القول .

على أن البيع في القانون الروماني ، إذا كان لا يستلزم نقل الملكية ، كان من طبيعة نقلها . والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشتري أن يشترط في عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحاً لأنه يتألف مع طبيعة البيع ، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري ولا يقتصر على نقل الحيازة الهادئة . (والأمر الثاني) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جائز .

٢٣٠ - البيع في القانون الفرنسي القديم : وانتقلت أحكام القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يترتب التزاماً بنقلها . وبقي من طرق نقل الملكية ، وهي الأوضاع المادية التي كانت سائدة في القانون الروماني ، القبض وحده ، بعد أن اختفى الإشهاد والتنازل القضائي . فكان البيع في القانون الفرنسي القديم ينقل إلى المشتري حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل إليه إلا بالقبض ، ومن ثم كان يبيع ملك الغير صحيحاً في هذا القانون . وبقي القانون الفرنسي القديم على هذا النحو إلى آخر مراحله ، حتى أن بوتيه ، وهو الفقيه الذي ختم عهد القانون الفرنسي القديم ، لم يدخل في تعريف البيع أنه ينقل الملكية إلى المشتري .

على أن تطور القانون الفرنسي القديم طوال مراحله أدى إلى أن يكون البيع سبيلاً غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يترتب التزاماً بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية إلى المشتري بالقبض . ثم زلف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمراً

(١) والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلاً للملكية أن حق التملك كان مقصوراً على المواطن الروماني . ولما ألزمت ضرورات التطور التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، ووجب التوفيق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية المتينة ، جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع ، وبهذا تيسر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٠٨) .

(٢) فقد عرف بوتيه البيع على النحو الآتي : البيع عقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر أن ينقل إليه شيئاً يحوزه كمالك (lui faire avoir librement à titre de propriétaire une chose) لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، هو المشتري ، في مقابل ذلك أن يدفع الثمن (بوتيه في عقد البيع فقرة ١) . ويقول بوتيه ، في تعليقه على هذا التعريف ، إن البائع يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فلا إلى المشتري (بوتيه في البيع فقرة ١ - وانظر بودري وسيبيا فقرة ٦ ص ٥) .

صورياً، فكانوا يكتبون في بياعاتهم أن القبض قد تم (clause de dessaisine-saisine, vest et devest) فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري، والمفروض أنها انتقلت بالقبض، والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد. على أن ذكر حصول القبض ما لبث أن أصبح هو أيضاً شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقد البيع.

٢٣١ - البيع في الفقه الإسلامي : وقد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة التي وصل إليها القانون الفرنسي القديم، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة، ويصبح المشتري للعقار أو للمنقول مالكا للمبيع بمجرد العقد. وقد جاء في البدائع (١) : «وأما بيان صفة الحكم فله صفتان. الثانية انحلول، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال، لأنه تمليك بتحويل، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال، فيقتضي ثبوت الملك في البدلين للحال. بخلاف البيع بشرط الخيار، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم، فيمنع وقوعه تملكياً للحال. وبخلاف البيع الفاسد، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض، فيصير تملكياً عنده». وبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينتقل الملك، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني. ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً ينتقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد.

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع بمجرد البيع، حتى قبل القبض. وهذا هو مذهب مالك (٢) أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل قبضه سواء كان منقولاً أو عقاراً (٣). وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدي إلى الضرر بالمشتري الجديد، ويجوز التصرف في العقار قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل (٤).

ويخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي، ولكن القبض يزيد.

(١) جزء ٥ ص ٢٤٣.

(٢) بداية المصنف لابن رشد ٢ ص ١٣٥.

(٣) ويدكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه. ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري، ولا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه. ومنها أن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه. أنظر الأم للشافعية جزء ٣ ص ٦٠ فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ - ص ٧٥.

(٤) مختصر الطحاوي ص ٨٤ - ص ٨٥.

نقل الملك تأكيداً، فهو الذي يطلق يد المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا.

٢٣٢ - البيع في القانون الحديث - القانون الفرنسي والقانون المصري : ولما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسي القديم على النحو الذي أسلفناه، خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور، فجعلوا البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري. وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسي القديم (١)، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين قاطعة في أن البيع أصبح بذاته ناقلاً للملكية. من ذلك المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي وهي تقول : .. يكسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع، بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن، ولو كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع (٢). وجاءت نصوص التقنين المدني المصري - القديم والجديد - صريحة في أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٣).

ومن ثم صار بيع ملك الغير يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح البيع ناقلاً للملكية، فجاءت النصوص صريحة في بطلان بيع ملك الغير في كل من التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً.

(١) إذا تعرف البيع على الوجه الآتي : «البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه». وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1582: La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à La payer.

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1583: La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر أيضاً المادتين ٧١١ و ١١٣٨ من التقنين المدني الفرنسي، وانظر الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الفرنسي وهي تصرح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه (بودري ومينا فقرة ٨ - فقرة ١٠). وهذا لا يمنع أن تكون هناك إجراءات تلبس عقد البيع لينقل الملكية، إما بالنسبة إلى الغير، أو حتى فيما بين المتعاقدين. فمسجل عقد البيع في العقار ضروري في القانون المصري، لا فحسب لنقل الملكية في حق الغير، بل أيضاً لنقلها فيما بين المتعاقدين.

(٣) نصت المادة ٣٠٠/٢٣٥ من التقنين المدني السابق على أن «البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما». ونصت المادة ٤١٨ من التقنين المدني الجديد على أن «البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي».

قد تكون هناك أعمال ضرورية ، إيجابية أو سلبية ، لا بد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع ^(١) إلى المشتري . وتورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أمثلة لهذه الأعمال فتقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع على أمضائه تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري ^(٢) . وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه الآتي : يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . ورورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص : « وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كمستندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسري في حق المشتري وصورة من المستندات التي يستتبعها لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري ^(٣) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » ^(٤) .

ويتبين مما قدمناه أن هناك نوعين من الأعمال يلتزم البائع بهما ، أعمالاً إيجابية وأعمالاً سلبية ^(٥) .

أما الأعمال الإيجابية التي من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فمثلها في العقار تصديق

= ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٦ (مطابقة) ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٧ (مطابقة) ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣٥ (مطابقة) ، ولا مقابل لها في تقنين المرحبات والعقود اللبناني ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة في القانون اللبناني . انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٩ - فقرة ٩٠ ، وفي القانون المدني العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩ .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في عبارة « الحق المبيع » : « وهذه عبارة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل أي حق عيني أو شخصي يقع عليه البيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣) . ويذهب أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق يقصد به أن يقوم بما هو ضروري من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشتري أن يقوم به لنقل الملك « فان الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي ص ٢٢٩ هامش (١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ في الهامش .

(٥) استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠١ - ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦

البائع على أمضائه حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد ^(١) ، وشهر حق الأثر الواجب حصوله قبل تسجيل البيع ^(٢) ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بحدود العقار . ومثلها في المنقول إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بجسمه ونوعه ، لأن الملكية في هذه الحالة لا تنتقل إلا بالإفراز . أما بيان ما على للعقار من حقوق وتكاليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية ، ولكنه لا يزال عملاً يلتزم به البائع ويدخل في التزامه العام بضمان الاستحقاق ، وسيأتي بيان ذلك . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسري في حق المشتري : كعقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسري في حق المشتري وبيان بما لا يزال باقياً في ذمة المستأجر من الأجرة ، وكعقد رهن ثقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حق تتبع العين في يد المشتري ^(٣) ، ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وإن كان لا يزال التزاماً في ذمة البائع تابعاً لالتزامه العام بضمان الاستحقاق .

وأما الأعمال السلبية التي يلزم البائع الكف عنها حتى يتيسر نقل الملكية إلى المشتري ، فمثلها أن يتصرف البائع في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري الأول ، وأن يتصرف البائع في المنقول بعد البيع ويسلمه للمشتري الثاني إذا كان هذا حسن النية . فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال ، إذ من شأنها أن

(١) ولكن كتابة العقد وما يسبق ذلك من إجراءات في قسم المساحة وإعداد العقد بوجه عام للتسجيل يقع على المشتري لا على البائع ، وليس البائع ملزماً إلا بتقديم البيانات اللازمة لإعداد العقد للتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تختم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الأمضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه . ولما كان المشتري هو الملزم بدفع هذه الرسوم ، فإنه هو الذي يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التي يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لإمضاء العقد . وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإمضائه ، خصوصاً إذا كان العقد الابتدائي صريحاً في أن البائع غير ملزم إلا بإمضاء العقد النهائي وكان المشتري لم يطلب من البائع في الإنذار الذي وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي (نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا استخلص من نص العقد أن المشتري هو الذي يحرر العقد النهائي وأن ما التزم به البائع هو أن يذهب مع المشتري في اليوم الذي يحدده إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه أمام رئيس القلم ، تعين على المشتري ، بدلا من إنذار البائع بتحرير العقد النهائي في أجل معين وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد في إنذاره يوماً للذهاب إلى ديوان المساحة (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٣) - أنظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٢ .

(٢) الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٩ .

(٣) وقد يستتبع البائع مستند الدين والرهن في يده لأنه لا يزال ملزماً بالدين ، ويعطى صورة من هذا المستند للمشتري .

تجعل نقل الملكية إلى المشتري مستحيلاً ، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما سرى . ومثل ذلك أيضاً أن يلحق البائع بالمبيع تلقاً أو تحريراً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جزئياً فيتمتع انتقال ملكيتها خالصة إلى المشتري ، وهذا أيضاً يمكن إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١) . وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشتري مستحيلاً ولكن يجعله عسيراً . وهذه أيضاً يجب على البائع أن يكلف عنها ، إذ النص كما رأينا يلزمه «أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً» . مثل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية ، فهذه يجوز للمشتري الحصول عليها ولكن بمشقة ، فاحتفاظها يجعل نقل الملكية شاقاً ، ومن ثم يلتزم البائع أن يكف عنه .

٢٣٦ - الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري : فإذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بحكم القانون ، وذلك إذا توافرت الشروط المذكورة في المادة ٢٠٤ مدني والمادة ٩٣٢ مدني السالفتي الذكر . وهي شروط ثلاثة : (١) أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات . (٢) وأن يكون مملوكاً للبائع . (٣) وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (٢) .

أما أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات فهذا شرط طبيعي ، فإن الملكية لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا في شيء معين بالذات . بل إن هذا الشرط لم يصبح ذكره ضرورياً بقا ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التي تمهد لنقل الملكية ، فمن بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالنوع كما سبق القول ، فمتى قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع ، فقد أصبح المبيع عيناً معينة بالذات وتوافر الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات في حالتين أخريين : (الحالة الأولى) بيع شيء لم يصنع بعد ، كما إذا باع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقفاً كآثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، فإن ذلك يكون استخلاصاً موضوعياً سائماً لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩) .

(٢) هذه هي الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلاً إلى المشتري ، ولا يشترط غيرها . فتنقل الملكية إلى المشتري إذا توافرت هذه الشروط ، حتى لو كان متفقاً بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع ، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه أقساطاً على تفصيل سورده فيما بعد ، وحتى لو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ أما إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فإن نقل الملكية يقف حتى يتحقق الشرط . نصت المادة ٣٩٤ من تقنين المبيعات والعقود اللئاني صراحة على هذا الحكم كما رأينا إذ تقول «ويكون الأمر كما تقدم (أى يكسب المشتري ملكية المبيع) حتى في الحالتين الآتيتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منعقداً على شرط الإنهاء» .

مصنع نسيج كميات من القماش لم يبدأ نسجها ، فيكون المبيع هنا شيئاً غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر الغزل الذي يصنع منه النسيج ملكاً للمشتري ، بل يبقى ملكاً للمصنع إلى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبيع غزلاً وإنما باع نسيجاً (١) . (الحالة الثانية) بيع يكون محله تحبيراً (alternatif) ، فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا بعد ما يعمل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا عندما يتم الاختيار . وقد رأينا عند الكلام في الالتزام التخييري أن أعمال الخيار له أثر رجعي فيستند إلى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار . أما لو كان المحل بدلماً (facultatif) ، فإن المبيع يكون معيناً بالذات من وقت البيع ويكون هو الشيء الأصلي لا البديل ، وإن كان يحق للبائع أن يرى ذمته من التزامه بإعطائه البديل دون الشيء الأصلي (٢) .

وأما أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فهذا أيضاً شرط طبيعي ، فالملكية لا تنتقل إلا عن

(١) فإذا تم صنع الشيء أو تقدم صنعه لدرجة تكفي لتعيينه ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضماناً لذاتيه ولا يجوز للبائع إللافه (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبدالممنع البدراني فقرة ١٧٥) . وكان الفقه في فرنسا يذهب إلى أن ملكية الشيء الموصى يصنعه (chose à fabriquer) لا تنتقل إلا بتسليمه للمشتري وقبله منه ، فهو بيع على شرط التسليم (vente à livrer) ، وذلك كالأثاث الموصى يصنعه يبقى على ملك الصانع إلى أن يتم تسليمه للمشتري (بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٢٢ - بلانويل وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ - بلانويل وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٨٩٥) . ثم اتجه القضاء الفرنسي إلى أن نقل الملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشيء أو التقدم في صنعه بحيث يكون ذلك كافياً في تعيينه كما سبق القول ، وتبع القضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٧٥) . على أنه يجوز للمتعاقد أن يتفق على أن الملكية لا تنتقل إلا عند قبول المشتري للشيء الموصى يصنعه وتسليمه إياه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من أن البائع هو الذي يورد الخامات التي يصنع منها الشيء (بيدان ١١ فقرة ١٦٧) .

وفي الأشياء التي تصنع على نموذج واحد (fabrication en série) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعيناً بنوعه فقط ، ومن ثم يجب إفرازه بعد ذلك لتعيينه بذاته ، فتنقل ملكيته من وقت الإفراز (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ - ديموج ٦ فقرة ٦٥ - كولان وكابيتان ١ فقرة ١٩٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبدالممنع البدراني فقرة ١٧٥) .

وفي بيع المحصولات المستقبلية إذا كان البيع جزافاً ، تنتقل الملكية بوجود المحصول ، منذ بدء وجوده وانعقاده أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، وعند الشك يكون من وقت الحصاد والجمع . وإذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية إلا بالإفراز كما في سائر بيوع التقدير (الأستاذ عبدالممنع البدراني فقرة ١٧٤) .

والإنتاج الفني لا تنتقل ملكيته إلى من اشتراه إلا إذا سلمه الفنان للمشتري أو وضعه تحت تصرفه ، لأن الفنان له وحده الحق في نشر إنتاجه متى أَرْضاه (الأستاذ عبدالممنع البدراني فقرة ١٧٦) . (٢) أنظر في كل ذلك بوجدي وسينيا فقرة ١١ - فقرة ١٣ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ - فقرة ١١ .

مالك . وإذا لم يكن البائع مالكا لم يستطع أن ينقل ملكية المبيع فان فاقد الشيء لا يعطيه ، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقي فان هذا أجنى عن البيع فلا يسرى في حقه . وقد بسطنا تفصيل القول في ذلك عند الكلام في بيع ملك الغير .

بقي الشرط الثالث ، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين . أما القانون فيعلق نقل الملكية في العقار على التسجيل ، وفي المنقول غير المعين بالذات على الإفراز (1) ، كما رأينا . وكل من التسجيل والإفراز يدخل في الأعمال التمهيديّة التي يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، كما سبق القول . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية إلى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلا على ألا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشتري أو إلا عند القيام بأجراءات معينة (2) ، أو يكون البائع غير مالك للمبيع وقت البيع فيتفق مع المشتري على تأخير نقل الملكية إلى أن يحصل هو عليها ، أو يتفق المتبايعان على ألا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد أن يوفى جميع أقساط الثمن وهذا هو البيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : (الأمر الأول) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يترتب في الحال التزاما في جانب البائع بنقل الملكية ، والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . (والأمر الثاني) أن الاتفاق على أن تأخير نقل الملكية ليس اتفاقا على أجل تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تقترب بأجل ، فالأجل يجعلها موقّعة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت (3) . فتأخير نقل الملكية إلى حين

(1) وإن كان البائع - طبقاً لنص المادة ٤٢٨ من القانون المدني يلتزم بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري وإن يكلف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً فإن هذا الواجب لا ينسحب - إذا كان المبيع حقا عينيا عقاريا إلى الزامه بأن يقوم بأعداد عقد البيع النهائي واتخاذ الاجراءات اللازمة لتسجيله ، يدل على ذلك ما نص عليه المادة ٢٦٢ من القانون المدني من أن نفقات عقد البيع ورسم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك .

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٥ الطعن ٥٧٩ لسنة ٤٧ ق) .

(جلسة ١٩٦٩/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٦٤٢)

(جلسة ١٩٥١/٣/٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ال ٢٥ عاما - ٢٢٧ - ٣١٤)

(١) ولا يعتبر البيع هنا معلقا على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انعقاده (لوران ٢٤ فقرة ٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٣٩ - بودري وسينيا فقرة ١١ - بلايول ريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠) .

(٢) وقد درج الفقه في مصر وفي فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفي رأينا أن هذه نظرة فقهية غير سليمة . فالملكية كما قدمنا حق دائم تستعصى طبيعتها على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تقترب به الملكية . وإذا اتفق البائع مع المشتري مثلا على ألا تنتقل إليه ملكية الدار المبيعة إلا بعد سنة ينتفع فيها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الانتفاع بالدار مدة السنة ، أما الرقبة فتنتقل إلى المشتري دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير =

التسليم ولو عمن للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلا لنقل الملكية إلى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقي هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

٢٣٧ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن - احالة : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على الوفاء بجميع أقساط الثمن . وهذا هو البيع بالتقسيط أو الإيجار السائر للبيع لأن المتبايعين كثيراً ما يسميان البيع في هذه الحالة إيجاراً . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، في صدد هذا البيع إذا تقول : ١ - إذا كان البيع مؤجلاً للثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . ٢ - فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ . ٣ - فإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع . ٤ - وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً . ونقتصر هنا على إبراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفي بالإحالة على ما قدمناه في ذلك (١) .

٣ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذي يترتب على انتقالها فعلا

٢٣٨ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : يقرر التقنين المدني كقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق عيني - ويندرج تحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع - يتضمن في الوقت ذاته التزاماً بتسليم الشيء الذي تعلق به الحق العيني وبالحفاظة على هذا الشيء

بمعنى جميع الأغراض التي قصد إليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه في سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية في الرقبة دون المنفعة إلى المشتري قبل انقضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة السنة ، فهل يريد حقه بذلك شيئاً ؟ الواقع أنه يكون في نفس الوضع الذي احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذي يستطيع أن يستغله وأن يتصرف فيه . أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيد شيئاً ، ولا تجدى ملكية الرقبة إلا إذا كانت ملكية دائمة .

(١) أنظر اتفاقاً فقرة ٩٠ - فقرة ٩٤ .

حتى يتم التسليم . وقد رأينا ^(١) أن المادة ٢٠٦ مدني تنص في هذا الصدد على أن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والحفاظة عليه حتى التسليم .

ويبين من ذلك أن التزام الساع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين تبعيين ، أحدهما الالتزام بتسليم المبيع إلى المشتري وهو التزام بتحقيق غاية ، والثاني التزام بالحفاظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشتري وهو التزام ببذل عناية ^(٢) .

وللصفة التبعية التي أثبتناها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة في تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم إذ كان التزاماً تبعياً ، فإنه يكون التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يحصل المبيع مادياً للمشتري إلا بتسليمه من البائع . ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ، حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم إلى المشتري ، فالهلاك لا يكون على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .

وقد سبق أن كتبنا في هذا الصدد في الجزء الثاني من الوسيط ^(٣) : « فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو مدين بنقل الملكية والتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة ^(٤) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم ^(٥) .

(١) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٥ .

(٢) ويرتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أنه إذا لم يتم تسليم المبيع إلى المشتري ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقوة قاهرة ، كان البائع مخلاً بالتزامه ، وينبئ على ذلك فسخ البيع أو انقضاؤه وتحمل البائع تبعه هلاك المبيع قبل التسليم كما سئى . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة من طريق آخر ، هو القول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجه الذي سنذكره . ويرتب على أن الالتزام بالحفاظة على المبيع التزام ببذل عناية أن البائع يعتبر قد قام بالتزامه إذا هو بذل عناية الرجل المعتاد في الحفاظة على المبيع قبل تسليمه ، ولا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً إلا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذي بيناه .

(٣) فقرة ٤٣١ .

(٤) وهذه هي أيضاً القاعدة في الفقه الإسلامي ، فالمبيع يهلك قبل التسليم على البائع ، ولو أن الملكية انتقلت إلى المشتري .

(٥) وسئى هناك أثر الإضرار في تحمل تبعه هلاك - م ٢٠٧ مدني - الوسيط ٢ فقرة ٤٣٢ . وأنظر في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المراد ٣٩٦ - ٤٠٠ ، وهو كالتقنين المدني الفرنسي يحمل المشتري باعتباره مالكا تبعه هلاك المبيع قبل التسليم .

٢٣٩ - ما الذي يترتب على انتقال الملكية فعلاً للمشتري : فإذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري ، وهي الشروط السالفة الذكر ، فأصبح المشتري مالكا للمبيع ، ترتبت على ذلك النتائج الآتية :

أولاً - يكون للمشتري حق التصرف في المبيع باعتباره مالكا له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . ويستوى في ذلك العقار والمنقول ^(١) . أما المنقول فظاهر ، فهو عين معينة بالذات انتقلت ملكيتها إلى المشتري ، فلهذا أن يتصرف في ملكه ولو قبل قبضه من البائع . وأما العقار فالمشتري لا يصبح مالكا له إلا إذا سجل عقد البيع ^(٢) ، فإذا سجل العقد أصبح مالكا ولو قبل القبض ، واستطاع أن يتصرف في المبيع وهو لا يزال في يد البائع ^(٣) .

ثانياً - يكون للمشتري ثمر المبيع وثماره باعتباره مالكا له ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨

(١) وقد رأينا أن المشتري في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه بالرغم من أنه أصبح مالكا له (أنظر آنفاً فقرة ٢٣١) . وقد فارق التقنين المدني العراقي الفقه الإسلامي في ذلك ، فنصت المادة ٥٣٢ من هذا التقنين على أن « للمشتري أن يتصرف في المبيع ، عقاراً كان أو منقولاً ، بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض » . وهذا هو الحكم أيضاً في تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، إذ تنص المادة ٢٩٥ من هذا التقنين على أنه « يحق للمشتري منذ إتمام العقد ، حتى قبل التسليم ، أن يتفرغ عن المبيع ، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص قانوني مخالف » . ويحق للبائع أن يتفرغ عن حقه في الثمن قبل قبضه . وكذلك هذا هو الحكم في كل من التقنين المدني السوري والتقنين المدني الليبي ، طبقاً للقواعد العامة في هذين التقنينين وهي نفس القواعد العامة في التقنين المدني المصري .

(٢) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل عقد البيع وكان المبيع لا يزال في يد البائع ، فإن المشتري يستطيع حتى هذه الحالة أن يتصرف في العقار ، وعند تسجيل البيع الأول يصبح مالكا فيكون التصرف الذي صدر منه قد صدر من مالك ، إما بفضل الأثر الرجعي لتسجيل على الرأي الذي نقول به ، وإما باعتبار أن المشتري وقت أن باع كان لا يملك ثم ملث بالتسجيل فينقلب البيع صحيحاً طبقاً لقواعد بيع ملك الغير السالف ذكرها .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حدود الأرض البيعة في عقد البيع تخالف الواقع ، فالذي انتقلت ملكيته بالبائع هو ما يتفق مع التحديد الوارد في عقد البيع لا التحديد الواقعي (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٦٠) .

(٣) بيع العقار قبل أن يسجل ، لا يزال من طبيعته نقل الملكية إذ ينشئ التزاماً بقلها في جانب البائع ، وكل ما أحدثه قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقاري من تغيير في أحكام البيع ، هو أن نقل الملكية بعد أن كان نتيجة لازمة للبيع الصحيح ، أصبح متراعياً إلى ما بعد شهره ، لذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يبقى المشتري ملزماً بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التي ترتبت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

(جلسة ١٩٧٦/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٨٦٢)

مدني صراحة على ذلك ، إذ تقول : « والمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » (١) (١١)

ثالثاً : إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكاً له ، ولا يزاحمه في ذلك دائر البائع (٢) .
رابعاً : تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، لا في حق المتبايعين وحدهما ، بل أيضاً في حق الورثة والدائنين . فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائر البائع أن ينفذ على المبيع . وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشتري ، ويستطيع دائر المشتري أن ينفذ على المبيع .

خامساً : كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري باعتباره مالكا ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ وم ١٦٢٤) وحكم تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣٩٦) ، لولا أن التقنين المدني المصري - ومع التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - راعى أن الالتزام بالتسليم التزام بهي كما قدمنا ، فإذا هلك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعه الهلاك كما سيأتي .

(١) وهذا هو أيضاً ما تقضي به المادة ٢/٥٧٢ من التقنين المدني العراقي إذ تقول : « والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنساج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وتقضي بذلك أيضاً المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فتص على أنه « يجب على المشتري عند صيرورة العقد تاماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة » . ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن « جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع » . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٢/٤٢٦ من التقنين المدني السوري والمادة ٢/٤٤٧ من التقنين المدني الليبي .

ونظر في تملك المشتري لثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وتحمله تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما يلي بقرة ٣٩٢ - بقرة ٣٩٣ .

(٢) وقد نص التقنين المدني العراقي صراحة على هذا الحكم في المادة ٥٣٣ ، وهي تقول : « إذا قبض البائع الثمن ثم أفلس قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، أخذ المشتري المبيع من البائع أو من ورثته دون أن يزاحمه سائر القرماء » .

(١) مفاد المادة ٢/٤٥٨ من القانون المدني أن المشتري يمتلك ثمر المبيع من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل يستوي في ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت إلى المشتري أو تراخي انتقالها إلى وقت لاحق .

(جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١١٥٩)

(جلسة ١٩٧٣/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٩)

(جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٥٣٢)

المطلب الثاني

نقل الملكية في المنقول

٢٤٠ - التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه : حتى تبين كيف تنتقل الملكية إلى المشتري في المنقول ، يجب التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه ، فقد رأينا أن الملكية في الحالة الأولى تنتقل فوراً بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل في الحالة الثانية إلا بالإفراز .

وقبل أن نتناول في شيء من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذا التمييز يسرى أيضاً على العقار ، فهناك عقار لا يعين إلا بنوعه كما إذا بيع ألف متر تفرز من أرض مساحتها أكبر من ذلك ، فتسرى في هذه الحالة الأحكام التي سنذكرها في المنقول ، ولا يتعين المبيع ، ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، إلا بعد إفراز ألف متر بالذات وهي المساحة المبعة (١) . ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، ويغلب كثيراً أن يكون الشيء المعين بنوعه لا بالذات منقولاً لا عقاراً ، كما يغلب كثيراً أن يكون العقار شيئاً معيناً بالذات ، فقد عرضنا للتمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه في صدد المنقول .

١ - الشيء المعين بذاته

٢٤١ - انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد : فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً التي أسلفنا ذكرها ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد (٢) . وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية ، بعد أن ينشئ التزاماً بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه على الوجه الذي قدمناه . وقد رأينا أن التقنين المدني المصري قرر هذه القاعدة في المادة ٢٠٤ مدني ، وأكدها في المادة ٩٣٢ مدني (٣) .

(١) الوسيط جزء ٢ بقرة ٤٢٢ ص ٧٧ .

(٢) أنظر آنفاً بقرة ٢٣٤ .

(٣) أ - لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى تقرير أن هذه الآلة ينطبق عليها عقد المطعون ضده الأول وأن ملكيته لها تثبت بهذا العقد دون تسجيل ، لأنه يقع على منقول ، فإنه إذ قضى بتثبيت ملكيته على سند من ذلك العقد ، لا يكون مخالفاً في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٥) .

ب - البيع الذي يكون محله عيناً معينة ، يحق للدائن أن يضع يده عليها ما دامت مملوكة للمدين البائع وقت البيع أو آلت ملكيتها إليه أو إلى خاصته .

(جلسة ١٩٩٥/١/٢٩ الطعن ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ ق)

(جلسة ١٩٨٩/٥/٢٩ الطعن ٢٦٠ لسنة ٥٦ ق ص ٤٠ ج ٢ ص ٤٥٧) .

وتنتقل الملكية فوراً بمجرد تمام العقد في المنقول ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

٢٤٢ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين : تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد أولاً فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصاً باع سيارة معينة بالذات مملوكة له من شخص آخر ، فإن ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تمام عقد البيع . وترتب على ذلك أن المشتري ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فإذا باعها لمشتري ثان انتقلت ملكيتها من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية في يد البائع الأول . ولا يعتبر المشتري الثاني «غيراً» فسرى أن الغير هو شخص تلقى حقاً عينياً من البائع الأول على نفس المبيع ، والمشتري الثاني إنما تلقى حق الملكية من المشتري الأول لا من البائع الأول .

٢٤٣ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير : وتنتقل ملكية المنقول بمجرد تمام العقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة في المثل المتقدم باع السيارة مرة أخرى لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع ما لا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه إلى المشتري الأول بالبيع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري الآخر الذي تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة في يد البائع الأول ، فإن الذي يستردها منه هو المشتري الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشتري الآخر بتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع ما لا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير .

وإذا سلم البائع الأول للسيارة للمشتري الأول ، فإنه يكون قد سلمها إلى مالكاها ، وليس للمشتري الآخر أن يرجع بشئ على المشتري الأول ، وإنما يكون رجوعه على البائع الأول كما قدمنا .

ولكن إذا سلم البائع الأول للسيارة للمشتري الآخر ، وكان هذا المشتري الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشتري الأول (٢) ، فإنه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بعقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قدمنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشتري الآخر لم يكن مالكا لها ، وبيع ملك الغير لا ينقل الملكية بذاته . ولكن المشتري الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنتقل إليه الملكية لا من البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشتري الأول الذي

(١) الوسيط ج ٢ فقرة ٤١٧ .

(٢) أما إذا كان المشتري الآخر سيئ النية ، فإنه لا يملك السيارة بالحيازة . ويبقى السيارة مملوكة للمشتري الأول ، وله أن يستردها من المشتري الآخر بدعوى الملكية ، ويرجع المشتري الآخر على البائع الأول كما قدمنا .

صحيح مالكا بالبيع الأول كما أسلفناه (١) . ويملك المشتري الآخر حسن النية السيارة بالحيازة ، حتى لو كان المشتري الأول قد باع قبل ذلك السيارة إلى مشتري ثان في المثل الذي قدمناه ، وإنما تنتقل الملكية في هذه الحالة إلى المشتري الآخر الحائز بحسن نية لا من المشتري الأول بل من المشتري الثاني الذي أصبح مالكا بالبيع الصادر له من المشتري الأول .

٢٤٤ - انتقال الملكية في البيع الجزافي : حالة : وقد رأينا أن المادة ٤٢٩ مدني تنص على أنه «إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشئ المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع» . وسبق أن حددنا متى يكون البيع جزافاً ، وبيننا أن المبيع إذا كان مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكنه لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقديره ، فإن البيع يكون في هذه الحالة جزافاً (٢) . وذكرنا أن بيع الجزاف ، من حيث انتقال الملكية ، حكمه هو حكم بيع الشئ المعين بالذات ، فتنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٣) (١) . ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢ - الشئ معين بنوعه

٢٤٥ - انتقال الملكية بالافراز : وإذا كان المنقول شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه (٤) ، وكان البيع بالتقدير (٥) ، لم تنتقل الملكية بمجرد تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه في الشئ المعين بالذات ، وإنما تنتقل بافراز المبيع وجعله بالافراز معيناً بالذات ولو قبل التسليم . ذلك أن الشئ قبل إفرازه غير معروف بالذات ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى المشتري قبل الافراز (٦) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٧ من ١٧٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥١٤ - من ٥١٥ ، وفي الوسيط جزء ٢ من ٧٧١ هامش رقم ١ .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ١١٩ .

(٣) أنظر أنفاً فقرة ١٢٠ .

(٤) أنظر أنفاً فقرة ١١٧ .

(٥) أنظر أنفاً فقرة ١١٨ .

(٦) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(١) متى كان المبيع جزافاً فإن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩ ، ٢٠٤ ، ٩٣٢ من القانون المدني ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقاً للمادة ٤٣٥ يوضع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك

(جلسة ١٩٦٨/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٦٢٢)

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدني إذ تقول: ١- إذ ورد الالتزام بنقل حيا عيسى على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. ٢- فإذا لم ينقل المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير أخلال في الحالتين بحقه في التعويض^(١). ثم أكدته المادة ٥٣٣ مدني إذ تقول: «المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة ٢٠٥».

٢٤٦ - كيف تنتقل الملكية بالإفراز - احالة : وقد قدمنا في هذا الجزء من الوسيط^(٢) ، وفي الجزء الثاني منه^(٣) ، كيف يكون الإفراز ، وكيف تنتقل الملكية بها ولو قبل التسليم ، وإن كان المالك في التعامل أن يتم الإفراز وقت التسليم ، واستمرارية حالة ما إذا كان الشيء غير المعين إلا بنوعه نقوداً^(٤) أو غير نقود^(٥) . وبيننا أن البيع يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الإفراز^(٦) . وذكرنا كذلك ألا فرق في تحمل تبعة الهلاك أن يهلك الشيء قبل الإفراز أو بعده^(٧) . فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك .

٢٤٧ - الحكم فيما إذا امتنع البائع عن الإفراز - احالة : وإذا لم يتم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على البائع ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في ذلك ، فإذا كانت الظروف لا تختمل الإبطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد إعدار البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك في الجزء الثاني من الوسيط^(٨) ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٤٨ - نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : تنص المادة ٩٤ من القانون التجاري الجديد على أن «إذا قام البائع ببناء على طلب المشتري بارسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه كانت تبعة الهلاك على المشتري من وقت تسليم المبيع إلى من

(١) أنظر في هذا النص الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ .

(٥) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٨) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٣ .

يتولى نقله ، إلا إذا اتفق أو نص القانون على غير ذلك . وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز طبقاً للقاعدة التي أسلفناها . ولكن الإفراز فيما نحن بصددده يتخذ صورة خاصة هي التسليم^(١) ، فما لم يتفق المتبايعان على شيء آخر ، فإن المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم . فقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذي يتحمل تبعة الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك . ونرى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضاً مالكا للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تتعارض القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم ، لأن البائع هنا هو المالك .

وبقي بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية إلى المشتري فنتقل إليه تبعة الهلاك^(٢) . ولا تخرج الحال عن أحد أمرين : (١) فإذا أن يتم التسليم عند الشحن أي في محطة التصدير ، فإذا تم الشحن انتقلت الملكية إلى المشتري ، وكانت تبعة هلاك البضائع في الطريق عليه . (٢) وأما أن يتم التسليم عند التفريغ أي في محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري بالشحن بل تتراخي إلى حين وصول البضائع ، وتكون تبعة هلاك البضائع في الطريق على البائع الذي يبقى مالكا لها إلى حين وصولها إلى محطة التوريد .

يفلح أن يتفق المتعاقدان على أحد الأمرين . فأما أن يتفقا على أن يتم التسليم عند الشحن^(٣) (١) ، وهو ما يقع عادة في النقل البري عند اشتراط التسليم في محطة الشحن

(١) يتم الإفراز عند التسليم .

(٢) وكذلك إذا أفلس البائع والبضائع في الطريق ، جاز للمشتري أخذها إذا كانت الملكية انتقلت إليه عند الشحن ، ولا يجوز له ذلك إذا كانت ملكية البضائع في الطريق لا تزال للبائع (الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد ذكي فقرة ٢٤٦ - ص ٢٤٠ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١١٥ - ص ٢١٦ - ص ٢١٧) .

وقضت محكمة القضا بأن القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولاً عن نتيجة نقصيره (نقض مدني ٢٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام القضا ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧) .

(٣) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ .

(١) أ - مفاد التعاقد بين البائع والمشتري على بيع البضاعة FOB أن يتم تسليم البضاعة في ميناء القيام عند شحنها على ظهر السفينة ، وأن تبرأ من ذلك الوقت ذمة البائع من الالتزام بالتسليم وتنتقل ملكية البضاعة إلى الشركة المشترية التي تلتزم وحدها بمحاطر الطريق ، ويقع على عاتقها عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء الوصول والتأمين عليها ، إلا أن ثبت البائع في إبرام هذا التعاقد لمصلحة يوصفه وكيلا عنها .

(vente fob, franco gare départ) وفي النقل البحري عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) وفي هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشتري بمجرد الشحن كما قدما ، وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التي يعينها له المشتري ، ويتكفل المشتري بدفع مصروفات النقل والتأمين الناوولون. وقد يوكل المشتري البائع في اختيار السفينة وفي التأمين عليها اقتصاداً لأجر الوسيط، فيتضمن الثمن المصروفات والتأمين والناوولون : (coût-assurance frêt : caf-cost-insurance -freight: Cif) (١) ولا تعتبر تسليم البضائع قد تم إلا إذا

= (جلسة ١٩٧٣/٤/٣ الطعن ٩٣ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ٥٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٧ الطعن ٦٤ لسنة ٣٠ ق س ١٧ ص ١٩٧٩)

(جلسة ١٩٥٨/١١/١٣ الطعن ٢٨٣ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٦٩٩)

ب - المشتري في البيع سيف هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يصب البضاعة أثناء الطريق متى انتفى عيش البائع وأصابه البضاعة بعيب خفي .

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن ٢١٠ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٣٦٣)

(جلسة ١٩٧٣/٥/١٩ الطعن ٢٦١ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٧٩١)

(١) أنظر في القضاء المختلط في البيع (CIF) وفي أن مسؤولية خطر الطريق على المشتري لا على البائع : استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ - ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ - ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٣ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن البيع CIF معناه وفاء البائع ثمن البضاعة وأجرة التأمين وناوولون الشحن وتحمل المشتري مسؤولية العجز أو التلف الحاصل للبضاعة بعد الشحن (استئناف مصر ١٦ يولية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

وانظر في البيع (FOB) أي باشتراط تسليم السفينة : استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٨٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٥١ - ٨ يولية سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩ .

أرسل البائع للمشتري البيانات الدالة على ذلك (١) . وإما أن يتفق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفي هذه الحالة تبقى البضائع ملكاً للبائع ، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصروفات النقل ، ولا تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى محطة التوريد .

فإذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم ، وجب في المسائل المدنية تطبيق المادة ٤٣٦ مدني وتنص على أن التسليم يكن عند التفريغ في محطة التوريد ، إذ تقول : «إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك» (٢) . أما في المسائل التجارية ، فيراعى مع هذا النص عرف التجارة (٣) .

وهذا كله إذا كان المبيع بضائع ، أي منقولا غير معين إلا بنوعه . أما إذا كان المبيع منقولا معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا في مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع إلا على المالك (المشتري) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجاري إلى نطاق التعامل المدني (٤) .

المطلب الثالث

نقل الملكية في العقار

٢٤٩ - لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل : أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن الملكية ، سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع . وقد أشارت إلى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدني عندما نصت ، كما رأينا ، على أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل . ثم أكدت

(١) والبيانات هي في النقل البحري اسم السفينة والعلامات أو الأرقام التي تحملها البضائع . وفي النقل البري إذا كان التسليم في محطة الشحن ، قد يلتزم البائع بحجز العربات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon) .

انظر في كل ذلك يبدان ١١ فقرة ١٦٥ .

(٢) وكان التقنين المدني السابق ينص في المادة ٢٣٣/١٧٠ على أن الوفاء يكون في موطن المتعهد أي أن التسليم يتم في محطة الشحن لا في محطة التفريغ (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٤٦ ص ٢٤١) . فيسرى حكم التقنين السابق على كل العقود التي تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الأستاذان أنور سلطان فقرة ١٦١ وص ١٨١ هامش رقم ١ - الأستاذان محمد علي إمام فقرة ١١٥ .

(٤) أنظر ما يلي فقرة ٣١١ .

المادة ٩٣٢ مدني هذا المعنى ، فقد رأيناها تقول : «تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٤٠٢، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية» . ونجد بين النصوص التي تشير إليها المادة ٩٣٢ مدني النص الخاص بالعقار، وهو نص المادة ٩٣٤ مدني ويجري على الوجه الآتي : ١٥- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري ٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شؤها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر (١).

وإذا كان نظام الشهر العقاري لا تقتصر مطلقته على عقد البيع ، إذ هو يمتد إلى جميع العقود الناقلة للملكية ، بل وإلى العقود غير الناقلة للملكية ، بل وإلى الأحكام والسندات كما رأينا في النص ، فإن عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التي يجري عليها التسجيل وأوسعها انتشاراً ، فيحسن الإلمام بنظام الشهر العقاري في مناسبة الكلام في تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصري على هذه السنة .

فستعرض أولاً تطور نظام الشهر العقاري في مصر حتى قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك في كثير من الإيجاز وموضع التفصيل فيه يكون عند الكلام في أسباب كسب الحقوق العينية ، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة .

١ - تطور نظام الشهر العقاري في مصر

٢٥٠ - نظام الشهر بوجه عام : الحق العيني بطبيعته نافذ في حق الكافة ، فكان الواجب شهره أي إيجاد طريقة تيسر لذي المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده ما دام هذا الحق نافذاً في حقه ، حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند التعامل . فإذا اشترى عيناً سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف العينية المتعلقة بهذه العين والتي هي نافذة في حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلاً ستزول مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير البائع لم يقدم على الشراء أصلاً .

(١) الملكية في المواد العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلوا عند شرائها للأرض محل النزاع إلا بتاريخ - فإن الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ويكون الحكم قد التزم هذا النظر موافقاً لصحيح القانون .

(جلسة ١٩٩٠/٢/١ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

وشهر الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها . ويكون إثبات هذه التصرفات إما بطريقة التسجيل (transcription) ، وهي إثبات حرفي للمحررات المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لذي المصلحة معرفة جميع ما ورد في التصرف ، وهذه الطريقة ضرورية في الحقوق العينية الكاملة . وإما بطريقة القيد (inscription) ، وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة في التصرف ، وهي البيانات التي يهتم ذا المصلحة العلم بها . وهذه الطريقة كافية في الحقوق العينية التبعية أي التأمينات العينية ، وهي الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز ، فيكفي إثبات مبلغ الدين والعقار المثقل بالتأمين واسمى الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات الجوهرية .

ويخلص مما قدمناه أن نظام الشهر لا يتسع إلا للتصرفات القانونية الواقعة على عقار. لا يتسع نظام الشهر للوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لا تثبت عادة في محررات حتى يمكن شؤها، هذا إلى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس فتعلم بها . ومع ذلك فهناك واقعة مادية هي الموت وما يرتبه من حق الأثر يمكن أن تخضع لنظام الشهر - وقد أخضعت فعلاً لهذا النظام في قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ - لأهميتها ولسهولة إثباتها في محرر يكون صالحاً للشهر . ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقعة على منقول ، فالمنقول ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر في مكان معين . ومع ذلك فمن المنقولات ما يجري فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لإمكان تركيز شهر في مكان معين ، وذلك كالمتاجر والسفن . وتقوم الحيازة في المنقول مقام الشهر في حماية الغير حسن النية . على أن هناك حقوقاً شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الإيجار الواقع على عقار ، فعقود الإيجار والمخالفات بالأجرة وحوائثها إذا زادت على مدة معينة تكون هي أيضاً خاضعة لنظام الشهر .

وفي الحدود التي تكون الحقوق فيها صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضرورياً للتعامل في العقارات وللاطمأن العقاري . فمن يريد التعامل في عقار يعنيه بطبيعة الحال أن يعرف ما يثقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره ، فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالته . ومن يقدم على إقراض الغير في مقابل رهن يأخذه على عقاره يعنيه أن يعرف إن كان هذا العقار مملوكاً فعلاً للمدين حتى يكون حق رهنه مأموناً ، ويعنيه أيضاً أن يعرف هل ثقل العقار قبل ذلك بحقوق عينية تسبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقيدين .

لذلك لم يخل بلد متحضر من نظام الشهر ، بل إن نظم الشهر قديمة إلى حد أن المؤرخين يرجعونها إلى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصي ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العيني أو السجل العقاري (Livre Foncier) . ذلك أن نظام الشهر، حتى يكون نظاماً سديداً ، يجب أن يكون

محكماً في ترتيبه وفي حجته . أما في ترتيبه ، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقيداً أن يسر لذوى الشأن معرفة ما تهمهم معرفته من هذه التصرفات . وأما في حجته ، فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حجية قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا بعد التحرى من صحته فإذا ما شهر كانت صحته مقطوعاً بها ، فيكون للشهر هذه الحجية المطلقة .

ونظام الشهر الشخصي معيب من هاتين الناحيتين . فهو معيب من ناحية الترتيب ، إذ التسجيل فيه أو القيد يكون وفقاً لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاماً شخصياً . فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار ، ولا يفيد هذا حتماً كل ما وقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص في عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ، ويكون التصرفان متفرقين في موضوعين متباعين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشتري من المالك ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من المالك مسجلاً تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليماً . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير ، فيكون التعامل معيباً . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصي الغرض الذي وضع من أجله . ثم إن هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فإن التصرفات التي تشهر في هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هي ، فإن كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر في هذا النظام لا يطلّ عقداً صحيحاً ، ولا يصحح عقداً باطلاً . بل هو طريق العلائقية لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحاً كان أو باطلاً ، سليماً كان أو معيباً . وهذا النظام الشخصي للشهر يسود العالم اللاتيني ، فهو النظام القائم في فرنسا ^(١) وفي بلجيكا ^(٢) وفي إيطاليا ^(٣) وفي كثير من البلاد اللاتينية . وهو النظام الذي لا يزال قائماً في مصر ، بعد أن تخفف من بعض عيوبه كما سنرى .

(١) كان التقنين المدني الفرنسي يقرر أن الملكية في العقار تنتقل بالعقد ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، إلا إذا انتقلت بمقد تبرع كالهبة فلا يحتج به على الغير إلا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل عقود المعاوضة والتبرعات للاحتجاج بها على الغير . وفي ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون (دالوز الدرر ١٩٣٥ - ٤ - ٤١٩) أضاف إلى التصرفات الواجبة التسجيل للتصرفات والأحكام الكاشفة . وفي ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، تسمى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ (دالوز أنسيكلويدى ٥ من ٢٨٩ وما بعدها) ينظم الشهر في الحقوق العينية الأصلية والتبعية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعي سنة ١٨٥٥ سنة ١٩٣٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١

(٣) التقنين المدني الإيطالي م ٢٦٤٣ وما بعدها .

أما نظام الشهر العيني أو السجل العقاري (Livre Foncier, Grundbuch) فهو نظام محكم من الناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تشهر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص ، بل وفقاً للعقار ذاته ومن هنا كان نظاماً عينياً . فلكل عقار مكان خاص في السجل العقاري ، ويثبت في هذا المكان كل ما يقع على هذا العقار من التصرفات وما يثقله من الحقوق . فإذا أراد شخص أن يتعامل في عقار ، أمكنه بالرجوع إلى السجل العقاري أن يعرف حالة العقار على خير ما يمكن من الدقة . يعرف مالك العقار ، والتصرفات التي وقعت منه في عقاره ، وما يثقل هذا العقار من الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم إن نظام الشهر العيني محكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التي تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحرى عن صحتها تحرياً بالغاً ، فيستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهليتهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيمتنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) ، هو الذي يأمر بعد الفحص الدقيق بإجراء التسجيل . والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذي يشهر في السجل العقاري تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف له لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذي ينقل الحق ، ومهمة التسجيل في نظام الشهر العيني هو نقل الحق العيني لا مجرد إعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيباً في الحالات القليلة التي لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذي أسلفنا ذكره ، ومع ذلك إذا شهر هذا التصرف المعيب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف كما قدمنا ، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هي أهم ميزة للسجل العقاري ، ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التي يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقتضى هذا التعويض من رسوم الشهر ذاتها ، فكأن في هذه الرسوم جزءاً هو بمثابة تأمين للمتفعين بالسجل العقاري . والذي يمنع من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة هو ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضي قبل إدخاله ، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل أرض منها ، تمهيداً لإثبات كل ذلك في السجل العقاري . وتزيد الصعوبات إذا كثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبكت الحقوق القائمة عليها ، كما هي الحال في مصر حيث شرع في إدخالها هذا النظام منذ أكثر من ثلاثين عاماً ، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لا تزال متواصلة حتى اليوم ، ولما يتم إدخال النظام . وإنما يسهل نسبياً إدخال نظام السجل العقاري في بلد بكر لم تتجرأ فيها الملكيات ولم تتفتت إلى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هي الأصل الغالب . وهذا هو السبب في أن النظام طبق أولاً في استراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضعه روبرت تورنس (Robert Torrens) . فسمى التشريع الذي أدخل النظام بتشريع تورنس (acte

(Torrens) ثم أدخل الفرنسيون النظام في تونس سنة ١٨٨٥ ، وفي كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام ، وعرف باسم «الطابو» ، وبقي النظام في البلاد العربية التي كانت جزءاً من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائماً في العراق^(١) وفي سوريا وفي لبنان . وقد عدلته تشريعات كثيرة بعد أن

(١) أنظر في نقل الملكية في العقار بالبيع في القانون العراقي الأستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ - فقرة ٣٦٧ والأستاذ حسن علي الذنون فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٥ . وينتقد الأستاذ الذنون ما جاء في المادة ٥٠٨ مدني عراقي من أن بيع العقار لا يتعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة ، فأصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل .

وقد قام خلاف في الفقه العراقي في قيمة العقد غير المسجل في دائرة الطابو . والنصوص القانونية الواجب النظر إليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٠٨ مدني عراقي : «بيع العقار لا يتعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون» . (٢) م ١١٢٦ مدني عراقي : «١- تنتقل الملكية بالعقد في المقول والعقار . ٢- والعقد الناقل للملكية عقار لا يتعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً» . (٣) م ١١٢٧ مدني عراقي : «التعهد بنقل ملكية عقار يتقصر على الالتزام بالتعويض إذا أحل أحد الطرفين بتعده ، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط» .

ويؤخذ من هذه النصوص : أولاً - أن بيع العقار في القانون العراقي عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل في هذه الدائرة ومن وقت هذا التسجيل . ثانياً - التعهد السابق على البيع - وهو التعهد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي - عقد غير مسمى ، فهو ليس إذن بمقد بيع . ولكنه عقد ملزم ، إذا به أحل المدين ألزم بالتعويض . وهذا التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية لأن مصدره هو هذا التعهد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فإذا اتفق المتعاقدان في هذا التعهد على مقدار التعويض - وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي - جاز للقاضي الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان ، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً ، أو بعدم استحقاقه أصلاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، وكل هذا تطبيقاً للقواعد المقررة في الشرط الجزائي (أنظر ١٧٠ مدني) . وإذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا لا يمنع القاضي من تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه ، طبقاً للقواعد المقرر في هذا الصدد (أنظر م ١٦٩ مدني عراقي) ، ومصدر هذا التعويض الذي يقدره القاضي هو ، كمصدر الشرط الجزائي ، المسؤولية العقدية دائماً وليس المسؤولية التقصيرية . ويخلص من ذلك أن القول بأن مصدر التعويض عن الإخلال بالتعهد بنقل ملكية العقار المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي هو المسؤولية التقصيرية ليس بالقول السليم ، إذ المصدر هو المسؤولية العقدية (قارن الأستاذ الذنون فقرة ٤١٨) . وكذلك القول بأن هذا التعهد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي يتحول من عقد بيع باطل إلى عقد غير مسمى ليس سليماً ، ولنا هنا في حاجة إلى التحول ، فإن العقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً ملزماً ، وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك إلى عقد غير مسمى (قارن الأستاذ الصراف فقرة ٣٢٩) .

وقد كان من الخير أن يجعل هذا التعهد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي ملزماً بنقل الملكية عيناً ، فلا يقتصر على الإلزام بالتعويض . وهذا هو ما يقرره القانونان الألماني والسويسري ، وكلاهما أخذ كالقانون العراقي بنظام السجل العقاري .

استقلت هذه البلاد ، وبخاصة في سوريا ولبنان حيث أصدر الفرنسيون في عهد الانتداب تشريعاً عقارياً شاملاً بهذا النظام^(١) .

والآن وقد ألمعنا بنظام الشهر العقاري ، ننظر كيف تطور هذا النظام في مصر .

٢٥١ - عهود أربعة : قبل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ ليحل محل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقاري قائماً بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائماً بموجب نصوص التقنين المدني القديم . أما قبل هذا التقنين ، فلم يكن في مصر نظام للشهر .

فنستعرض إذن عهوداً أربعة : (١) العهد السابق على التقنين المدني القديم (٢) نظام الشهر في التقنين المدني القديم . (٣) نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . (٤) نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت الحاضر .

المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدني القديم

٢٥٢ - لم يوجد نظام للشهر في ذلك العهد : قبل صدور التقنين المدني القديم - التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ - لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أي تشريع يضع نظاماً للشهر^(٢) .

٢٥٣ - نظام المكلفات الإدارية : على أنه مما خفف من عيوب تنظيم شهر الحقوق العينية نظام إداري وضع لجبي الضرائب العقارية عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضي في عهد محمد علي تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد إلا حق الانتفاع بها انتفاعاً مؤقتاً في نظير جعل سنوي يقابل الضريبة العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهي حتماً بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه إلى آخر في حال حياته . ثم أبيع بعد ذلك للأفراد النزول عن حق الانتفاع ، وفي سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لائحته المعروفة

(١) أنظر في نقل ملكية العقار بالبيع في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ وما بعدها . وفي القانون المدني السوري عقد البيع غير المسجل ينشئ التزاماً بنقل الملكية يجوز تنفيذه عيناً ولا يكفى بالتعويض (الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٨ - فقرة ٨٩) .

(٢) وقد قضت المحاكم المختلطة بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسري على عقود البيع فيما بين الأهالي قبل صدور التقنينات الحديثة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) ، وبأنه كان يكفي لانعقاد البيع توافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠) .

وجعل للزراع الحق في التصرف في أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات، كما جعل الأرض تنتقل بالميراث إلى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض في حال الحياة بحجة رسمية يحررها القاضي الشرعي ، بحضور شهود ، وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضي الشرعي قبل أن يحرر الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التي صدرت للبائع ، ثم يحرر الحجة بعد ذلك في دفتر أعد لتقييد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل في سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية إثبات كل تغيير في شحص الملتزم بالضريبة العقارية في المكلفات . فكان هذا النظام ، الذي وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية بواسطة المكلفات وإثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يتلزمون بدفع هذه الضريبة ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنياً يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضي .

ويخلص من ذلك أن التصرف كان شكلياً لا بد من تحريره في حجة رسمية بواسطة القاضي الشرعي . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل إلى المتصرف إليه إلا بعد تسجيله في سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لا ينتقل حقه إلى ورثته ، ما إذا تم التسجيل قبل وفاته فإن الحق ينتقل إلى الورثة (١) .

المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدني السابق

٢٥٤ - اقتباس نظام الشهر الفرنسي : وفي عهد الإصلاح القضائي ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية ، أدخل المشرع المصري نظاماً لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسي الذي كان قد أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر شخصي فيه العيوب التي قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني السابق معمولاً بها في حالة المحررات التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ - وهذا هو تاريخ العجل بقانون التسجيل الذي سيأتي الكلام فيه - فتسرى عليها أحكام القوانين التي كانت سارية عليها ، وهي بالذات

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مخطط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ - ٢٩ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ١٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ - ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه كان يكفي توافق الإيجاب والقبول لانعقاد البيع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأن حجة البيع ليست إلا للإثبات (استئناف مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ وقد سقت الإشارة إليه - ١٨ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٤٠٥ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سقت الإشارة إليه) .

نصوص التقنين المدني السابق . وتنص المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري المعمول به اليوم في هذا المعنى على أنه «لا يسرى هذا القانون على المحررات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين التي كانت سارية عليها» (١) .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدني السابق الخاصة بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

٢٥٥ - نصوص التقنين المدني السابق الخاصة بنظام الشهر : النصوص الرئيسية التي تضع نظام الشهر العقاري في التقنين المدني السابق هي :

أولاً - نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق العينية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وهذا هو نص المادة ٧٣٢/٦٠٦ ، وتجري على الوجه الآتي : «في جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية في حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً» .

ثانياً : نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي هي مصدر لها ، دون الوقائع المادية كالميراث . فتتضمن المادة ٧٣٥/٦٠٩ على ما يأتي : «وفي مواد العقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية» . وهذه القواعد منصوص عليها في المواد ٧٣٦/٦١٠ - ٧٤٠/٦١٣ ، وتجري هذه النصوص على الوجه الآتي : م ٦٣٧/٦١٠ - «ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالأرث تثبت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة» - م ٧٣٧/٦١١ - «الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتعلة على ترك هذه الحقوق تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية» م ٧٣٨/٦١٢ - ٧٣٩ - «الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمرزاد والعقود المشتعلة على قسمة عين العقار» . م ٧٤٠/٦١٣ - «وكذلك يلزم تسجيل عقود الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة على ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على غير المتعاقدين» .

(١) وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ .

ثم تنص المادة ٧٤٢/٦١٥ - ٧٤٣/٦١٦ على الجزاء المترتب على عدم التسجيل وتجريان على الوجه الآتي : م ٧٤٢/٦١٥ - «في حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظوها بموافقتهم للقانون». م ٧٤٣/٦١٦ - «ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط في أن يتحصلوا على تنزيل مدة الإيجار إلى تسع سنين إذا كانت مدته زائدة عليها ، وفي ارجاع ما دفع مقدما زيادة عن أجر الثلاث سنين» .

وتأيد النصوص المتقدمة الذكر بمصين آخرين ، أحدهما ورد في أسباب الملكية والحقوق العينية هو نص المادة ٦٩/٤٧ وتجري على الوجه الآتي : «أما الأموال الثابتة فالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين في القانون». والنص الثاني ورد في نصوص البيع ، وهو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ وتجري على الوجه الآتي : «لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لا يعلمون ما يضر بها» .

ثالثاً : نصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التي تقضى بأن الحقوق العينية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، وهي المواد ٧٤٤/٦١٧ - ٧٤٦/٦١٩ ، وتجري على الوجه الآتي :

م ٧٤٤/٦١٧ : «ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له والموصى له بشئ معين ، فانهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بمقد ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلها» .

م ٧٤٥/٦١٨ : «وانما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من الموهوب له أو الموصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولوية» .

م ٧٤٦/٦١٩ : «في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها» .

رابعاً - نصوص تقرر نظام القيد في الحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار ليحوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازي العقاري فقد رأينا أنه كان خاضعاً لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفى بالإشارة إلى هذه النصوص المتفرقة ، فهي في الرهن الرسمي المواد ٦٨٩/٥٦٥ - ٦٩٠/٥٦٦ ، وفي حق الاختصاص المواد ٧٢٢/٥٩٦ - ٧٢٦/٦٠٠ ، وفي حقوق الامتياز العقارية المادة ٧٤١/٦١٤ . وكان يكتفى في حفظ حق امتياز بائع العقار بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد الامتياز (م ٦٠١ سابقاً/٧٢٧ سادساً) .

خامساً : نصوص تنظيم عملية التسجيل ودفائره ، ونكتفى بالإشارة إليها وهي المواد ٧٧٤/٦٤١ - ٧٥٠/٦٢٢ .

٢٥٦ - ما يستخلص من النصوص المتقدمة : ويستخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين المدني السابق كان يخضع الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، باستثناء الرهن الحيازي العقاري وحق امتياز بائع العقار ، فإن الحق الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثاني كان يجوز حفظه بتسجيل عقد البيع . وغنى عن البيان أن القيد في الحقوق العينية التبعية كان ضرورياً لإمكان الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزاً جوهرياً : فالحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى التسجيل ، أما بالنسبة إلى الغير فكانت لا تنتقل إلا بالتسجيل .

٢٥٧ - عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق : قدما أن عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق هي عيوب نظام الشهر الشخصي من ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . ونزيد هنا ناحية ثالثة هي ناحية الحصر ، فليست كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر في هذا النظام .

ونجمل الكلام في هذه العيوب فيما يأتي :

أولاً : من ناحية الترتيب - تعدد جهات الشهر : الشهر في هذا النظام يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، ويزيد هذا العيب جساماً أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث :

فأما أن الشهر يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، فهذا هو المقوم الرئيسي لنظام الشهر الشخصي ، وهو العيب البارز فيه . وقد قدما أن صاحب المصلحة لا يستطيع أن يعرف في هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من تصرفات وهذا هو الذي يعنيه ، بل إن ما يعرفه هو كل ما صدر من شخص معين من التصرفات وهذا قد يفنى بحاجته وقد لا يفنى (١) .

(١) وتزيد الصعوبة باختلاف أبجدية اللغة العربية عن أبجدية اللغة الأجنبية ، وتعدد اللغات الأجنبية التي تكتب بها الأسماء . فقد يبحث ذو المصلحة عن اسم ويحسبه مكتوباً بحسب التهجئة الفرنسية فلا يجده ، فيؤمن أن الشخص الذي يحمل هذا الاسم لم تصدر عنه تصرفات . والواقع أن هذا الشخص صدرت منه تصرفات لم تظهر بالبحث ، لأن اسمه يكون مكتوباً بحسب التهجئة الإيطالية وهذه تختلف عن التهجئة الفرنسية . والأمثلة على ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقي في كتابه «الشهر العقاري علماً وعملاً» (ص ٥٢) مثلاً فيما كتبه بصدد قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ ويصدق على ما قبله ، حيث يقول : «كلمة صعوبات ومساوي كثيرة نشأت من اختلاف الأبجدية العربية عن أبجدية اللغات الأجنبية . بل إن هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها الهجائية بعضها عن البعض ، كالحرف U الذي يلفظ بالإيطالية OU . فإذا فرضنا أن طالباً تقدم للبحث عن تصرفات باسم مراد Mourad أو جندی Guindi ، وأن الكاتب المكلف وهو إيطالي مثلاً كتب الكلمة من العربية للإيطالية Murad, Ghindi ، فالشهادة التي تعطى على أساس ذلك البحث لن تكون عن الاسم الصحيح ، وبالتالي قد تكون سلبية ، في حين أنها لو عملت عن الاسم الصحيح لكانت إيجابية» .

وأما أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة، فذلك راجع إلى النظام القضائي الذي كان قائماً في ذلك العهد. فقد كانت جهات الشهر في ذلك الوقت ثلاثة: المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية. وكان الشهر يصح قانوناً في أية جهة من هذه الجهات الثلاث، ولكن لا يكون نافذاً في حق الأجانب إلا إذا تم في المحاكم المختلطة^(١). ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم في قلم الكتاب هذه المحاكم، إذ يكون نافذاً في حق المصريين والأجانب جميعاً. ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية في التصرفات غير المعروفة في المحاكم المختلطة وهي الوقف. واستمرت أقلام الكتاب بالمحاكم الوطنية تفيد حقوق الاختصاص من تلقاء نفسها إذ القانون يوجب ذلك، وكذلك أحكام الشفعة ونزع الملكية فكان ذو المصلحة إذا احتاط لأمره يبحث في كل من المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية، ليستوثق من أنه استقصى جميع ما شهر من التصرفات التي تعنيه.

ثانياً : من ناحية الحجية : ولم يكن لنظام الشهر في التقنين المدني السابق حجية كاملة كالحجية التي تقترب بنظام الشهر العيني أو السجل العقاري . فإن الشهر بموجب نظام التقنين السابق ليس إلا تسجيل التصرف أو قيده كما هو على علاته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب . فإذا كان التصرف صحيحاً قبل الشهر ظل صحيحاً بعده ، وإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو مشوباً بأي عيب آخر ظل بعد الشهر مشوباً بهذا العيب . فالشهر لا يصح عقداً باطلاً ولا يبطل عقداً صحيحاً ، كما قدمنا . فإذا صدر بيع مثلاً من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقداً قابلاً للإبطال ، وهو على كل حال لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو بعد أن يسجل . أما في نظام الشهر العيني فإن هذا البيع متى سجل ينقل الملكية إلى المشتري بحكم التسجيل ذاته لا بحكم البيع ، ويأخذ المالك الحقيقي الذي سلب ملكه على هذا الوجه تعويضاً عما أصابه من الضرر من خزانة الجهة القائمة على الشهر .

وزاد من جسامه هذا العيب أن المحررات التي كانت تقدم للشهر كانت تقبل كما هي ، دون فحص أو تحرر للاستيثاق من صحتها . وكان الناس يلجأون في تحرير تصرفاتهم إلى

(١) استضاف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ من ٧٢ - وانظر في تبادل الاحاطة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقي «الشهر العقاري علماً وعملاً» ص ١٠ و ص ١٧ - وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة تريب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن توافي المحاكم المختلطة بملخصات العقود النافذة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية المكلفة بهذه المهمة . وهذا الاجراء هو في الواقع نتيجة لإلغاء وظيفة الموظف المختلط الذي كان يتدب بأقلام المحاكم الشرعية . وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف المكاتب المختلطة بدورها بأن توافي المحاكم الشرعية بملخصات مماثلة عن كل ما تتسلمه من المحررات المشار إليها لكي تسجل لديها في سجلات خاصة معدة لذلك

الكتابة العرفية لتجنب نفقات التوثيق ، وكثيراً ما كانت تأتي هذه التصرفات غير محكمة التحرير ، سواء في تعيين شخصية المتعاقدين أو في وصف العقار وتحديد . بل إنه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المحررات ليس مزوراً ، إذ لم يكن يطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين ، فكثير من أجل ذلك شهر التصرفات المرورة .

ثالثاً : من ناحية الحصر : ولم تكن كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر طبقاً لنظام التقنين المدني السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات حصراً دقيقاً حتى يشملها جميعاً . وقد شاع القصور في شهر التصرفات ، ويرجع ذلك إلى أسباب أربعة :

١ - لم يكن التسجيل ضرورياً لنقل الحقوق العينية فيما بين المتعاقدين ، بل كان العقد وحده كافياً لذلك ، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ نظام الشهر في التقنين المدني السابق أخذ عن نظام الشهر الفرنسي كما قدمنا . وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيراً من المتعاملين كانوا لا يلجأون إلى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحق قد انتقل إليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم . وهذا الاطمئنان الذي لا مبرر له كانت العادة تثبته ، وتشجع عليه الرغبة في تجنب إجراءات الشهر ونفقاته . فكان من ذلك أن يبقى التصرف دون أن يتناوله الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيراً ما كان يلجأ المتصرف الأول إلى التصرف مرة أخرى في العقار غشاً منه . فكان كثير من المتعاملين يضارون أبلغ الضرر من جراء ذلك ، كما كان كثير من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلاً مما زرع أسس نظام الشهر ذاتها .

٢ - ويفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها ، فإن القانون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر . فهو لا يدخل في هذه المنطقة إلا التصرفات فيما بين الأحياء . وترتب على ذلك أنه لم يكن خاضعاً للشهر سبب هام من أسباب نقل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينقل الملكية بالموت ، بل إنه ليس بتصرف قانوني . وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التقنين المدني السابق على هذا الحكم صراحة كما رأينا ، إذ تقول : «ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالأرث ثبتت في حق كل إنسان بشيوت الوراثة» . فلا يخضع الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الحقوق . وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لا تدخل في نطاق التصرفات فيما بين الأحياء إذ هي تصرف لما بعد الموت . وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واسعة قد انفرجت في بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية في العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك .

٣ - وفوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى في التصرفات ما بين الأحياء ذاتها . فالمشروع قد ذكر في المادة ٧٣٧/٦١١ الحقوق الخاضعة لنظام الشهر وهي «الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المشبته لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتعلة على ترك هذه الحقوق» .

فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاصة بنظام الشهر كما وضعه التقنين المدني السابق (١).

٤ - وأخيراً لم يكن نظام الشهر في التقنين المدني السابق دقيقاً في فصل الحقوق العينية الأصلية التي تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التي تخضع لنظام القيد. فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية في نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها (٢).

فعل ذلك في حالتين : (الحالة الأولى) هي الرهن الحيازي العقاري، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد في غير مصر (٣). (والحالة الثانية) هي حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء في المادة ٦٠١ سابعاً/٧٢٧ سادساً كما رأينا ما يأتي : «فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح». وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءاً منه لا يزال مستحقاً في ذمة المشتري ، دون حاجة إلى قيد حق الامتياز ذاته. وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلاً بذلك ، إذ كانت عقود البيع تسجل ، وفي تسجيلها شهر للعقد ذاته وفي الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز.

المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل

الصادر في سنة ١٩٢٣

٢٥٨ - محاولات الإصلاح السابقة على صدور قانون التسجيل : هذه العيوب التي بسطناها فيما تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائماً في التقنين المدني السابق نظاماً غير صالح ، واجتمعت الكلمة على ضرورة إدخال نظام الشهر العيني أو السجل العقاري في

(١) وأفضل التقنين المدني السابق أيضاً النص على تسجيل الوقف . وقد ذهبت أحكام كثيرة (استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ٩١٦ المحاماة ١ رقم ١ ص ٩ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨) إلى أن القانون لا يستلزم تسجيل إسهاد الوقف ليكون حجة على الغير . ولم تعدل المحاكم عن قضائها هذا إلا بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٠ ، الذي أوجب تسجيل إسهاد الوقف في سجلات المحاكم الشرعية . وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بترتيب لأحكام المحاكم الشرعية.

(٢) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فيبقى التجديد ذا المصلحة عن البحث لمدة أكثر من عشر سنوات.

(٣) وإذا كان الرهن الرسمي وهو يخضع لنظام القيد يجب أن يكتب في ورقة رسمية ، فليس ذلك مبرراً لأن يكون الرهن الحيازي وهو يكتب في ورقة عرفية خاضعاً لنظام التسجيل ، إذ من السهل الحصول على البيانات اللازمة للقيد حتى من الأوراق العرفية .

مصر، سدا لهذه الثغرات وتلافياً لهذه العيوب .

وقد بدأت حركة الإصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة في سنة ١٩٠٢ إلى اللجنة التشريعية الدولية . وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعاً في جهة واحدة . وكان الغرض من المشروع الثاني إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معاً في سنة ١٩٠٤ . ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل ، وبقي المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتهما إلى سنة ١٩٢٠ ، إذ شكلت لجنة لبحث موضوع إدخال السجل العقاري في مصر ، فأعادت هذه اللجنة بحث المشروعين السابقين الذكر وانتهت إلى إقرارهما مرة أخرى . وقد وافق مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذي يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جديدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول إلى تحقيق الإصلاح المرجو. وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، إرجاء إدخال نظام السجل العقاري حتى يتم التمهيد له بإصلاحات ضرورية تجعل تنفيذه أمراً ميسوراً ، واقترحت تحقيقاً لهذا الغرض مشروع قانون يدخل إصلاحات جوهرية في نظام الشهر ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العقاري . وعرض مشروع القانون على الجمعية التشريعية المختلطة ليكون نافذاً على الأجانب، فوافقت عليه في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ (١).

فصدر بناء على كل ذلك قانون التسجيل في ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٣ ، وهو قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى على المحاكم المختلطة . وقد جعل

(١) نصح المستشار القضائي منذ سنة ١٨٩٠ بإصلاح نظام الشهر ، فتم في سنة ١٩٠٢ إعداد مشروعين ، يرمي أولهما إلى توحيد أرقام التسجيل ، ويهدف ثانيهما إلى إحلال نظام السجل العقاري محل نظام الشهر الشخصي وهما المشروعان المشار إليهما في المتن . وقد عرض هذان المشروعان في سنة ١٩٠٤ على لجنة دولية فنية لبحثهما ، فأقرتهما في سنة ١٩٠٨ ، ولكن الدول صاحبات الامتياز لم توافق عليهما . وفي سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الامتياز إلى لجنة فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة إلى رئيسها مستر دوسن الذي كان مديراً لمصلحة المساحة ، ببحث موضوع إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد استمرت اللجنة الفرعية في عملها بعد انقطاع لجنة الامتيازات ، وقد أعاد مجلس الوزراء في أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كلجنة مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها في أواخر تلك السنة. وألف مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة للبحث عن أفضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجن دوسن على المصريين والأجانب جميعاً ، ولوضع مشروع قانون يتضمن اقتراحات اللجنتين معاً ، وهي اللجنة المشار إليها في المتن ، فوضعت المشروع الذي صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ (أنظر الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات العقارية فقرة ٣٧ وما بعدها - الأستاذ أنور سلطان ص ١٨٨ هامش رقم ١ - مقالاً للأستاذ محمد علي عرفة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الثالث).

مدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص التقنين المدني السابق كما قدمنا .

ولا تزال نصوص قانون التسجيل معمولاً بها في شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقاري الذي تلى قانون التسجيل ، فإن المادة ٥٦ من القانون الأخير تنص على أن «جميع المحررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام» . من أجل ذلك يكون متعيناً هنا أيضاً أن نورد أهم النصوص التي اشتمل عليها قانون التسجيل ، ونسب بعد ذلك ما عالجه هذا القانون من عيوب في نظام التقنين المدني السابق وما بقي قائماً من هذه العيوب .

٢٥٩ - أهم نصوص قانون التسجيل : يتناول قانون التسجيل المحررات التي يجب شهرها ، ثم ينص على ما يجب القيام به لتحرى الدقة في هذه المحررات .

أولاً : المحررات التي يجب شهرها : أما المحررات التي يجب شهرها فبعضها يخضع لنظام القيد ، وهي المحررات المتعلقة بالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحقوقي الامتياز ، وهذه تركها لنصوص التقنين المدني السابق وقد تقدم ذكرها . أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتي :

١ - تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيله لها والأحكام المثبتة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية وعقود الإيجار والمخالفات بالأجرة . ورتبت على عدم التسجيل في الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، وفي الطائفة الأخرى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط .

فنصت المادة الأولى على أن «جميع العقود الصادرة بين الأحياء بموض أو بغير عوض ، والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك ، يجب إشهارها بواسطة تسجيلها في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار أو في المحكمة الشرعية ، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن العقاري والاختصاصات العقارية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تعتبر ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين» .

ونصت المادة الثانية على أنه «يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : أولاً - العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . ثانياً - الإجازات التي تزيد مدتها عن تسع سنوات

والمخالفات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً^(١) . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير^(٢) ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس . غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماد ما دفع مقدماً زائداً عن أجرة ثلاث سنين» .

٢ - وتناولت المواد ٧ و ١٠ و ١٢ دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل ، وهي العقود التي تقدم ذكرها في المادتين الأولى والثانية ، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود ، فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد إذا كان العقد قد سجل ، وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان العقد لم يسجل . وكذلك تناولت هذه المواد دعوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية ، لأنها دعاوى قد تكون نتيجتها الكشف عن أن صاحب الحق العيني هو غير الشخص المعروف للناس فوجب شهرها هي أيضاً إما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذي يثبت الحق للمدعي عليه إذا كان هذا المحرر موجوداً وسبق تسجيله ، وإما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق إذا كان المحرر غير موجود كما في الحيازة أو كان موجوداً ولم يسبق تسجيله^(٣) . ونصت

(١) وأعفل النص الحوالة بالأجرة مقدماً كما أغفلها التقنين المدني السابق (م ٧٤٠/٦١٣) وتدارك الأمر قانون تنظيم الشهر العقاري ، فذكرها في المادة ١١ منه .

(٢) وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بقولها : «هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن مجرد عدم تسجيلها ، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يجوز اشتراطها تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على أنها لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل . إلا أنه لا يمكن تجريد هذه الأحكام وهذه العقود من قيمتها الجوهرية وهي الإقرار بحق سابق الوجود ، وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود والأحكام يرر وضع مادتين مختلفتين» .

(٣) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوى الاستحقاق ، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال ، وقالت في أسبابها حكمها : «بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر . ويستفاد من الشطر الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل ، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير مسجل أو عقد شفوي ، إذ عموم النص يسهل ذلك . لهذا يجب لجعل عموم النص مفيداً أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابعة بالدعاوى التي يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالا أو مآلاً ، كدعاوى صحة التعاقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوي ، لأنها تؤول بعد تسجيل الأحكام الصادرة فيها إلى استحقاق رافعها لملكية العقار موضوع الدعوى . ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلاً ، فقد جرى على ذلك المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن العقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية العقار أو حق عيني مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد -

هذه المواد أيضاً على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق ، إما في ذيل التأشير بالدعوى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أشر بها على هامش تسجيل المحرر ، وإما في هامش تسجيلها إذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذي قدمناه . ونصت أخيراً على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في الدعاوى المتقدمة الذكر والتأشير بالحكم الصادر في هذه الدعاوى ، فجعلت الحق العيني حجة على الغير من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم فحسب .

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسجيل على أنه «يجب التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى : وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكره» . ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن «يؤشر بمنطوق الحكم الصادر في الدعاوى المبنية بالمادة السابعة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها» . ونصت المادة ١٢ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذ تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها» (١) .

=تسجيلها ، فعبارة «من شأنها إنشاء حق الملكية ، وضمت للمنشئة مآلاً» (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ ، وسنعود إلى هذه المسألة : أنظر ما يلي فقرة ٢٧٣ .

(١) وبالرجوع إلى النصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب هذه الحقوق ، وهي مبادئ التقنين المدني السابق ، يتبين أن القاعدة هو أن البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع لها عادة أثر رجعي ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك إلا في حالات استثنائية إذا كان الغير دائماً مرتبهاً رهناً رسمياً وكان حسن النية فإن حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الراهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . وسنرى أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري وسعت هذه الحماية للغير حسن النية ، فلم تقصرها على الدائن المرتهن حسن النية ، بل شملت كل من تلقى حقاً عينياً على العقار بحسن نية وقام بشهرة قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو التأشير بها (أنظر الأستاذ عبدالمعز الدراوي ص ٣٠٣ ص ٣٠٤) .

وقد وسعت محكمة الاستئناف المختلطة في أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقاري ، فقضت بأن دعوى الفسخ التي سجلت صحيفة بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشتري إلى مشتري ثان لا يسرى حكم الفسخ الصادر فيها في حق المشتري الثاني (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٤٨) .

٣ ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعها عقود الإيجار والمخالفات ، بل نظم أيضاً شهر الحقوق الشخصية إذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصي في هذه الحالة من دائر إلى دائر يقتضى انتقال التأمين العيني معه ، فيجب شهر انتقال التأمين العيني حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأصلي للتأمين .

وهذا ما تكفلت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه «لا يصح التمسك في وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى ، إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأصلي . ويتم التأشير بناء على طلب المحول إليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق ، ويشتمل التأشير : أولاً - على تاريخ السند وصفته . ثانياً - على أسماء الطرفين وألقابهم وصناعاتهم ومحل إقامتهم . ثالثاً - على بيان التسجيل الأصلي مع نمرة المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل» .

ثانياً : ما يجب القيام به لتحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر : وقد توخى قانون التسجيل تحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها .

فنصت المادة ٣ من قانون التسجيل على أنه «يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين المقار بالذات ، وعلى الأخص : (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين . (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت واردة في قوائم فك الزمام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع . ويجب في عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلاً» .

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن «المحررات العرفية التي لا تشتمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقتية . وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات في دفتر العرائض نمراً مسلسلته تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً» .

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه «تسهيلاً لمراعاة ما ورد في المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التي يقضى القانون بتسجيلها» .

(١) أى من تاريخ أخذ المحرر النمرة المسلسلة .

وبصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه «يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها في المادة السابعة عشرة» .

فيتلخص إذن ما يجب القيام به لتحري الدقة في المحررات واجبة للشهر في الأمور الآتية: (١) الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين . (٢) الدقة في تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البائع له . (٣) التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين .

٢٦٠ - ما عالجة قانون التسجيل من وجوه النقص في نظام الشهر السابق عليه : ونرى مما تقدم أن قانون التسجيل عالج بعض وجوه النقص التي كانت بارزة في نظام الشهر الذي وضعه التقنين السابق . وأهم وجوه النقص التي عالجها هي :

أولاً - جعل التسجيل لازماً في نقل الحقوق العينية ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين . فدفع الناس بذلك إلى أن يحرصوا على تسجيل العقود أكثر مما كانوا يفعلون في عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان الحق العيني ينتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يغري بالاكتفاء بهذا الأثر . على أن ظاهرة الإهمال في تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك في عهد قانون التسجيل . وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بعرض ضرورياً حتى في مواجهة الموهوب له الذي سجل عقده قبل تسجيل المعاوضة ، وقد رأينا أن التقنين المدني السابق يقدم المشتري الذي لم يسجل عقده على الموهوب له الذي سجل الهبة .

ثانياً - تناول قانون التسجيل في وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية ، كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير .

ثالثاً - تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب .

رابعاً - تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عيني عقارى ، فأوجب شهر حوالتها أو رهنا أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلي في الحق أو في المرتبة ، ليجوز الاحتجاج بذلك كله على الغير .

خامساً - اتخذ قانون التسجيل إجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحري الدقة في تحرير العقود واجبة الشهر ، فخطا بذلك خطوة جدية نحو إدخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة في ذلك . ففرض كما رأينا تحديد شخصية المتعاقدين وذاتية العقار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الإمضاءات والأختام توقيعاً للتزوير .

٢٦١ - ما تركه قانون التسجيل دون علاج من عيوب نظام الشهر السابق عليه : وإذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة في التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى في مصر تحقيقاً للغرض الذى سن من أجله كما جاء في ديباجته (١) ، فإنه لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيراً من عيوب نظام الشهر الذى قرره التقنين المدني السابق . وأهم هذه العيوب التي بقيت لاصقة بنظام الشهر في عهد قانون التسجيل هي :

أولاً - بقى نظم الشهر نظاماً شخصياً وفقاً للأسماء لا تبعاً للعقار ، وقد قدمنا أنه لا يتحول إلى نظام عيني إلا بإدخال نظام سجل العقارى .

ثانياً - بقى الشهر لا حجية في ذاته ، فالعقد يشهر على علاقته ، فإن كان باطلاً يبقى باطلاً . وإن كان لا ينقل الحق العيني فهو لا ينقله حتى بعد الشهر . وقد قدمنا أن الحجية الكاملة المترتبة على الشهر في ذاته لا تكون إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثالثاً - بقيت جهات الشهر متعددة ، وبقي الشهر جائراً في المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر في عهد التقنين المدني السابق .

هذه هي العيوب الرئيسية الثلاثة التي لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفيف منها بالنسبة إلى تعدد جهات الشهر ، وقبل إدخال نظام السجل العقارى بالنسبة إلى النظام الشخصى وإلى الحجية غير الكاملة للشهر .

يضاف إلى هذه العيوب الرئيسية عيبان آخران ، كان في استطاعة المشرع أن يعالجهما في قانون التسجيل لو أنه توخى مزيداً من العناية ، وهذان العيبان هما :

أولاً - لم يستقص قانون التسجيل استقصاء تاماً المحررات التي يجب شهرها . فهو قد اقتصر في التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، فترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف إذ بقى شهره مقصوراً على المحاكم الشرعية ، وترك كذلك التصرفات والوقائع التي تنقل الملك بسبب الموت وهي الوصية والأرث ، وعدم شهرهما ثغرة واسعة في نظام الشهر الذى قرره التقنين المدني السابق ، فبقى ثغرة واسعة في نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . وترك أيضاً دون شهر القرارات الإدارية التي تنقل الملك كمرسوم نزع الملكية وكأذن الحكومة في إحياء الأرض الموات وكقرار وزير المالية في توزيع طرح البحر . ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التعاقد مع أهمية النص على ذلك ، وإن كانت محكمة النقض أدخلت هذه الدعوى في شئ من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق .

(١) قد جاء في ديباجة هذا القانون : «وبعد الاطلاع على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على إدخال نظام السجلات العقارية في القطر المصرى . وحيث أنه يجب قبل إدخال هذا النظام في البلاد إجراء بعض تعديلات في النظام الحالى الخاص بالحقوق العينية العقارية» .

ثانياً : لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد إلى نظام التسجيل ، بل فرق بينهما ، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوصاً عليه في التقنين المدني السابق . وهذا عيب استحدثه قانون التسجيل إذ لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معاً وإن تباينت النصوص في أماكن متفرقة متباعدة . وكان الخير أن يحتج التسجيل والقيد في نظام واحد ، وأن يلتزم شتات النصوص المتفرقة التي تعرض لكل من الأمرين . ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع في التقنين المدني السابق ، وهو إبقاء بعض الحقوق العينية التبعية - رهن الحيازة العقاري وامتياز بائع العقار - خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذي كان من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية .

المرحلة الرابعة - في نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري

٢٦٢ - الظروف الملائمة لصدور هذا التشريع : تهيأت الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة . فقد كانت العيوب التي لم يعالجها قانون التسجيل ، والتي أشرنا إليها فيما تقدم ، عيوباً جديدة تحول دون سرعة الأخذ بنظام السجل العقاري . ثم إن نظام الامتيازات الأجنبية ، عند ما كان متغلغلاً في مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا ، فعندما لاحت بارقة في إلغاء هذا النظام ، ثم عند ما تقرر إلغاؤه فعلاً ، ودخلت مصر في مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ تمهد لإلغائه تماماً ، كانت الظروف مواتية للنظر في توحيد جهات الشهر حتى قبل إلغاء نظام الامتيازات وفي أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء .

هذه الظروف مجتمعة هيأت الجو لإصدار تشريع جديد يعالج العيوب التي تركها قانون التسجيل دون علاج في نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد جهات الشهر في جهة واحدة فتزول المساوئ الناجمة عن تعدد الجهات . وقد كان التقنين المدني الجديد في طريقه إلى الصدور وقت ذلك ، وكان من الممكن تضمينه هذا التشريع الجديد . وقد تضمنه المشروع النهائي الجديد فعلاً ، لولا أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب رأت جعل نظام الشهر العقاري في قانون خاص منفصل عن التقنين المدني ، لأنه على كل حال قانون مؤقت الغرض منه التمهيد لإدخال نظام السجل العقاري في مصر ، فمضيه حتماً إلى الزوال بمجرد إدخال هذا النظام .

فصدر قانون تنظيم الشهر العقاري - وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - في ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولاً به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهذا هو التشريع المعمول به في الوقت الحاضر ، ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التي تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بنصوص التقنين المدني السابق ، وقد تقدم ذكر ذلك .

وقد تم تعديل القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بالقوانين أرقام ٥ لسنة ١٩٦٤ ،

٢٢٢ لسنة ١٩٥٦ ، ٨٢ لسنة ١٩٥٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٥٧ ، ٢٥ لسنة ١٩٧٦ ، ٢٢٣ لسنة ١٩٩٦ .

وقد صدر القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق وقد نظم توثيق المحررات . ثم أصدر المشرع القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني ونصت مادته الثانية على أن تتولى مصلحة الشهر العقاري ومكاتبها وأموريتها أعمال السجل العيني طبقاً لأحكام القانون . وقضت مادته الثالثة بأن يختص كل مكتب من مكاتب السجل العيني ومعه غيره بقيد المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه . ويطبق نظام السجل العيني تدريجياً على كل منطقة يتم مسحها مساحة حديثة ، وأصدر وزير العدل عدة قرارات بتحديد المناطق التي يجرى مسحها مسحاً حديثاً وتطبيق قانون السجل العيني فيها .

فنستعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقاري ، ثم نبين وجوه الإصلاح التي حققتها ، والعيوب التي تركها دون علاج إلى أن يتم إدخال نظام السجل العقاري في مصر .

٢٦٣ - أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقاري : تتناول نصوص قانون تنظيم الشهر العقاري توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها وإجراءات الشهر .

أولاً - توحيد جهات الشهر : وحد قانون تنظيم الشهر العقاري جهات الشهر في جهة واحدة هي مكاتب الشهر العقاري ، وألغى الجهات المتعددة التي كان الشهر يتم فيها بإلغاء أقلام التسجيل الملحقه بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية . نرى ذلك في النصوص الآتية : نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن «ينشأ في المحافظات مكاتب للشهر العقاري تتولى شهر المحررات التي تقضى القوانين بتسجيلها أو بقيدها» .

ونصت المادة ٤ على أن «تلغى أقلام التسجيل الملحقه بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية ، وتحل محلها مكاتب الشهر العقاري . ويحال ما بهذه الأقلام وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب» .

ونصت المادة ١/٥ على أن «يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه» .

ثانياً - المحررات الواجب شهرها : وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد جمع القانون في ذلك بين المحررات التي تخضع في شهرها لنظام التسجيل وتلك التي تخضع لنظام القيد .

أ - فالمحررات التي تخضع لنظام التسجيل استقصاها القانون في التصرفات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفي واقعة الإرث ، وفي الدعاوى .

وقد تناولت المواد ٩ إلى ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فورد النص عاما في التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة من الجانبين كالعقود أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية . فدخل بذلك في التصرفات واجبة الشهر الوقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة ، وكان هذان التصرفان لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزء على عدم التسجيل في التصرفات المنشئة أن الحق العيني لا ينشأ ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين ، أما في التصرفات الكاشفة فيترتب على عدم التسجيل أن الحق العيني لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالفات والحوالات (١) بالأجرة مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ونورد هذه النصوص :

نصت المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أن «جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويطبق على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن» (٢) . ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائي مثبت لحق من هذه

(١) وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني السابق وقانون التسجيل لم يذكر الحوالة بالأجرة إلى جانب المخالصة.

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذا النص إنه مقتبس من المادة الأولى من قانون التسجيل مع إدخال تعديلات عليها . وأهم هذه التعديلات استبدال كلمة «التصرفات» بكلمة «العقود» لأنها أشمل في مدلولها ، فهي تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات الأعمال القانونية التي تصدر من جانب واحد ، فيقع في حكم النص الوقف والتصرفات الإدارية التي تتناول حقوقا عينية عقارية كمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة والإذن الذي تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع البحر عملا بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٢٣ . كذلك حذف من النص عبارة «الصادرة بين الأحياء» حتى يشمل مدلوله التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدما أن قانون التسجيل كان لا يوجب تسجيل التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقا عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ قضى بتثبيت ملكية المشتري لأطيان من طرح البحر بمقود غير مسجلة في ظل القانونين رقمي ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك أن هذين القانونين لم يوجبا تسجيل القرارات الإدارية لتوزيع طرح البحر . ولا ينير من هذا النظر أن تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تشمل نصها إلى جانب العقود والاتفاقات الواجب شهرها التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقا عينية عقارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون المادة العاشرة من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بطرح البحر وأكله قد نصت على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ويكون سنداً له قوة العقد الرسمي وأن يسجل بدون رسم ، إذ ليس لهذين القانونين أثر رجعي فلا يسريان على القرارات السابقة عليهما (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠ ص ١٥٤) .

الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذي قضى له به ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها في قسم أو ناحية معينة . ويجوز لمن حصل على حكم نهائي لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به في قسم أو ناحية معينة .

ولا تسرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة .

ونصت المادة ١٠ على أن «جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ، ويطبق على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالا موروثة» (١) . ويجوز للشريك الذي حصل على حكم نهائي بالقسمة أو بصمة التعاقد على القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشروع ، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه في قسم أو ناحية معينة ، وعلى المكتب الذي تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التي تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك .

ونصت المادة ١١ على أنه «يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالفات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويطبق على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالفات والحوالة» .

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعتها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية كما سبق القول . فنصت على أنه «يجب شهر حق الإرث بتسجيل إسهادات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم

(١) وقد ورد النص صراحة على قسمة الأموال الموروثة لأنها كانت محل لبس في وجوب تسجيلها في عهد قانون التسجيل . ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأثر الكاشف لقسمة الأموال الموروثة يجعل انتقال الملكية بسبب الوفاة وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاضعاً للشهر في عهد قانون التسجيل . ولكن الراجح في الفقه والقضاء في ذلك العهد هو تسجيل قسمة الأموال ولو كانت موروثه ، لأن القسمة جعلت المال الموروث مفزاً بعد أن كان شائعاً (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٢ ص ٢٤٩) .

هذا وإذا تعارض تصرف منشئ مع تصرف كاشف ، فالعبرة بالأسبقية في التسجيل ، لأن كلا التصرفين لا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلاً للمشتري منه إذا سجل هذا الأخير عقد شراؤه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصص المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة ، ففضلت محكمة النقض عقد البيع على الحكم بالقسمة لأن عقد البيع سجل أو لا (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٤ ص ٣٧٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥) .

هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق (١). ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى عل أساسها تصرفات الورثة (٢) (١). وقد بينت المواد ٤٨ إلى ٥٣ الإجراءات التى تتبع فى شهر حق الإرث . وأخصت المادة ١٤ الديون العادية لدائى التركة للشهر ، فنصت على أنه «يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهاديات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير» (٣).

(١) وقد قضت محكمة دمهور الكلية بأن القانون لا يمس مبدأ أبلولة العقارات إلى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقيام سبب الإرث ، دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية . لذلك لم يمد هناك وجه لجعل انتقال حق الملكية إلى الوارث متوقفاً على شهره . لكن إذا أراد الوارث أن يجرى على عقار تلقاه بالميراث أى تصرف ، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير ، فإنه على الوارث أن يقوم أولاً بشهر حق الإرث . وهذه القواعد هى التى يتمين الأخذ بها بمناسبة حل الوقف على غير جهات البر (دمهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المأماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤).

(٢) ومن ثم إذا أراد الوارث التصرف فى عقار معين فى التركة ، لم يلزمه أن يشهر حق الإرث عن عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر على شهر حق الإرث فى هذا العقار وحده . ولكن يفترض فى هذه الحالة أن هذا العقار وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، فلا يستطيع الوارث أن يتصرف فى العقار إلا بقدر حصته فى التركة (الأستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤).

(٣) وإذا لم يشهر الوارث حق الإرث لعدم صدور تصرف منه يقتضى هذا الشهر ، كان لدائن التركة أن ينفذ على أعيان التركة وهى فى يد الوارث . وإذا لم يستطع الدائن أن يؤشر يدينه بحيث يكون تأشير نافذاً فى حق المشتري لعقار من الوارث ، كان للدائن أن ينفذ يدينه على أموال التركة الأخرى التى تبقى فى يد الوارث (الأستاذ محمد على امام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦).

وهذا وتأشير الدائن بحقه ليس لازماً إذا عين للتركة مصف ، إذ يكفى قيد الأمر بتعيين المصفى فى السجل المعد لذلك فى المحكمة (م ٢/٨٧٩ و ٩١٤ مدنى).

(١) - مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطاً لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة ، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الإرث وإنما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة ، واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزء على عدم شهر حق الإرث ببيع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته.

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ الطعن ٥٧ لسنة ٣٢ ق مجموعة أحكام القضاة السنة ١٧ ص ١٥٩٩)
ب - مفاد المادة ٨٧/١ من القانون المدنى أن أبلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة موت المورث وقيام سبب الإرث دون أن يكون ذلك متوقفاً على شهره.
(جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ الطعن ٩٣٩ لسنة ٤٧ ق)

وتناولت المواد ١٥ إلى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها ، وهى جميع الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف القانونى الذى يتضمنه المحرر واجب الشهر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . فعمم النص عما كان عليه فى قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع غير مذكورة على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل (١). فتدخل بذلك الدعوى البولصية ضمن الدعاوى الواجبة الشهر لتكون حجة على الغير الذى يتعامل مع من تصرف له المدين ، إذ هى دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى إبطال (٢) . وذكرت النصوص أيضاً دعوى الاستحقاق (٣) ، ولم تنقل دعوى صحة التعاقد بل أفردتها بالنص إذ هى فى الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضمن دعاوى الاستحقاق لتتلافى عيب إغفالها فى قانون التسجيل . ونورد الآن هذه النصوص :

نصت المادة ١٥ على أنه «يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدتها بجدول المحكمة» . ونصت المادة ١٦ على أن «يؤشر

(١) ويوجد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر فى حجة تسجيل الدعوى . ففى قانون التسجيل لا يحمى الغير الذى سجل حقه قبل تسجيل الدعوى إلا إذا كان دائماً مرتبهاً حسن النية ، أما فى قانون الشهر فيحمى صاحب أى حق عيني حسن النية كالمشتري وصاحب حق الانتفاع ، ولا تقتصر الحماية على الدائن المرتهن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٥٩ فى الهامش).

(٢) وقد استبدل المشرع عبارة «الواجبة الشهر» بعبارة «الواجبة التسجيل» الواردة فى المادة ٧ من قانون التسجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن فى المحررات التى تشهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ ص ١٩٨).

(٣) ولا تؤخذ عبارة «دعوى الاستحقاق» على إطلاقها ، ولا يقصد بها الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على واضع اليد لاسترداد عقاره ، فإن هذه الدعوى إذا سجلت وحكم للمالك الحقيقى بملكيته للعقار كان هذا الحكم حجة للمشتري من واضع اليد ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على واضع اليد فى الأحوال التى يكون فيها تصرف واضع اليد فى العقار نافذاً فى حق المالك كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشتري . فإذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق فى حق المشتري . وإذا باع المشتري بعقد صورى العقار لمشتري آخر حسن النية وسجل هذا المشتري الآخر عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الصورية . لم يسر الحكم بالصورية فى حق المشتري الآخر . (أقرب الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - استئناف محتلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٩).

بمطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى أو في هامش تسجيلها. ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عند تسجيل هذه الأحكام، (1).

وقد أضيفت الفقرة الثانية من المادة المذكورة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦.

ونصت المادة ١٧ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى، إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» (1)(2).

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري تنص في فقرة ثالثة على ما يأتي : «يعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى». وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادي، ولذا صدر مرسوم في ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يحذفها نصيحاً للنص (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٢٥ من ١٩٩ هامش رقم ٣).

والغير الذي كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب الحق بعقد جدي لا بعقد صوري ولا بعقد باطل بطلاناً مطلقاً، لأن التسجيل لا يمكن أن يربط للعقد الصوري ولا للعقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له، فيقف في مضمار المفاضلة مع عقد جدي ولو كان غير مسجل (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤ من ٥٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ من ٢٠٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ من ٤٠٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٦ رقم ٨٧ من ٢٣٠ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ الهامة ٢٦ رقم ١٨٤ من ٤٧٣ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ الهامة ٣٠ رقم ٤٣٣ من ٩٧٠ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ١٣٩ وقد سبقت الإشارة إليه - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٥ من ٢٠١ - الأستاذ عبدالمعزم البدراري فقرة ٢٠٣ من ٣٠٤ - من ٣٠٥).

(١) يترتب على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على مقتضى نص المادتين ٢/١٥، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري، أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى.

(جلسة ١٩٧١/٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ من ٦٩٦)

(جلسة ١٩٦٧/٤/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ من ٨٢٨)

(٢) اذ تقضي المواد ٢٥، ٢٨، ٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات والمحررات تثبت في دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقاري حسب تواريخ وساعات تقديمها، فإن ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق يتعين حتماً - إن تعافى في يوم واحد - بأسبوعية رقم التسجيل في دفتر الشهر، وقد عني المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة نظراً لما يترتب على أسبوعية التسجيل من أثر في المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد، ذلك أن مؤدى نصوص المواد ٩، ١٥، ١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائي بإثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت. وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله حتى إذا ما حكم له بطلانها فإن الحق الذي قرره =

ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول (مضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦).

ب - والمحررات التي تخضع لنظام القيد جمعها قانون الشهر مع المحررات التي تخضع لنظام التسجيل، فتناولتها المواد ١٢ و ١٩ و ٥٨، فأخضعت لنظام القيد الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلي في الديون المضمونة بتأمين عيني عقاري.

أوجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عيني عقاري تبعى، أي لتأمين عيني عقاري، وذلك عن طريق القيد. فنصت على أن «جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها، وكذلك الأحكام النهائية المنشئة لشيء من ذلك، يجب شهرها بطريق القيد، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير». المادة ١٢ مكرراً المضافة بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٧ «لا يقبل إثبات تاريخ المحررات الواجب شهرها طبقاً للمواد السابقة».

فوجب إذن قيد حق الرهن الرسمي وحق رهن الحياة العقاري (١). وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٢). ويدخل في حقوق الامتياز حق امتياز بائع العقار، فهذا الحق لا يكون شهره إلا عن طريق القيد، وكان قبلاً يكتفى في شهره بتسجيل عقد البيع الذي يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه في ذمة المشتري. وقد احتاط المشرع، فيما يتعلق بحق رهن الحياة العقاري وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقاً للأحكام التي كان معمولاً بها في الماضي على ما قدمنا، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضمن الحقوق المقيدة عن البحث، وحتى يجب تجديد القيد كل عشر سنوات كما هو الحكم في القيود. فنصت المادة ١/٥٨ على ما يأتي : «على أصحاب رهن الحياة العقاري وحقوق الامتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم في خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو في خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون، أي المدتين أطول (٣). أي المدتين أطول. فإذا لم يتم القيد

=الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل الرخصة إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات اشهرت بعد هذا التاريخ.

(جلسة ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ من ٤٨٧)

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك خاضعاً دون مير لنظام التسجيل، كما سبق القول.

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري : «لم تناول المادة ١٢ غير التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية التبعية، أما التصرفات التي تناول نقل هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالها فطريق شهرها هو التأشير في هامش قيدها الأصلي».

(٣) صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بمدد المدة المحددة في هذا النص ستة أشهر أخرى تنتهي في آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨.

في خلال المدة المتقدمة، لا يكون الحق بعد انقضائها نافذاً بالنسبة إلى الغير . ويترب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له . وقد بينت المواد ٣٠ و ٤١ إلى ٤٧ الإجراءات الواجب اتباعها لقيد الحقوق العينية العقارية التبعية ، ولتحديد القيد ، ولحرقه ، ولإلغاء الحق .

أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلي بدائن جديد في الديون المضمونة بتأمين عيني عقارى، فقد نصت المادة ١٩ على أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد أو بالتنازل عن مرتبة القيد، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

ثالثاً : إجراءات الشهر : أما إجراءات الشهر التي رسمها قانون تنظيم الشهر العقارى فلا تقل في الدقة عن الإجراءات التي رسمها قانون التسجيل ، بل تزيد . فأوجب القانون في طلب الشهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها المادة ٢٢ على الوجه الآتى : (أولاً) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه . (ثانياً) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . (ثالثاً) البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده . فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ، وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة إن وجد . (رابعاً) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار الدين إن وجد . (خامساً) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييراً في دفاتر التكليف . (سادساً) والمستبدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦، البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف وذلك في العقود والاشهادات ، وكذلك أحكام صحة التعاقد والقسمة وتثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الحق أو التسليم للمدعى بطلباته . وأحكام توثيق الصلح بين الخصوم وإثبات ما انفقوا عليه في محضر الجلسة وأوامر الاختصاص .

ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العيني السابق وسبب انتقال الملكية أو الحق العيني ورقم وتاريخ شهر سند الملكية أو الحق العيني إن كان مشهراً . (سابعاً) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه ، وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف . ويجب أن يقرن الطلب بالأوراق المؤيدة للبيانات المذكورة في الفقرات ثانياً، وخامساً ، وسادساً .

وتعبد مأمورية الشهر للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها في قبل إجراء الشهر أو بيان ما يجب أن يستوفى فيه . ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب . وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات

الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيته للشهر، بعد توقيعها أو بعد التصديق على توقيعات ذوى الشأن فيها إن كانت عرقية . ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً لللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون (المواد ٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى) (١).

٢٦٤ - وجوه الإصلاح التي حققها قانون تنظيم الشهر العقارى : حقق قانون تنظيم الشهر العقارى وجوه الإصلاح التي هيأتها الظروف فيما قدمناه . ففي مرحلة الانتقال إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد في نظام الشهر، واستقصى المحررات الواجب اخضاعها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعاً لهذا النظام . هذه وجوه إصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقارى، نقول كلمة موجزة عن كل منها .

أولاً - وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت ثلاثاً في عهد التقنين المدني السابق وفي عهد قانون التسجيل ، إذ كان يجوز الشهر في المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ألغى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت إشراف مكتب رئيسى عام . في مكاتب الشهر هذه ومأمورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم ، تتركز الإجراءات اللازمة لشهر المحررات الواجبة الشهر . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت تصوره . ولا شك في أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العقارى في مصر .

وبلاحظ في هذه المناسبة أن التقنين المدني الجديد لم ينسق مع قانون تنظيم الشهر العقارى، من ناحية توحيد جهات الشهر ، في مسألتين : إجراءات الإعسار وإجراءات تصفية التركة . وكان ينبغي أن يكون شهر صحيفة دوى الإعسار والأمر بتعيين المصطفى التركة في مكتب الشهر لا في قلم كتاب المحكمة ، كما هي الحال في التأشير بالديون العادية على التركات وكما هي الحال في شهر حق الإرث ، فإن كل هذا يتم شهره في مكاتب الشهر لا في أقلام كتاب المحاكم .

ثانياً - ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد في صعيد واحد ، فأصلح عيباً

(١) إذا كان الحكم لم يعتبر الطلب المقدم للشهر العقارى دليلاً كاملاً مكتوب على عقد البيع الذى طلبت الطائفة القضاء بصحته ونفاذه وعلى وفاتها بثمن حصتها في البيع لأن هذا الطلب قد خلا من بيان شروط البيع وكيفية أداء الثمن وما إذا كان قد دفع منه شيء أو لم يدفع والالتزامات التى التزم بها كل من عاقديه ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (جلسة ١٩٦٨/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقص السنة ١٨ ص ٧٤٣)

وقع فيه قانون التسجيل إذا فصل هذا القانون كما رأينا نظام التسجيل عن نظام القيد الذي بقي خاضعاً لنظام التقنين المدني السابق .

وقد كان لهذا الإدماج أثر مباشر في إصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التقنين المدني السابق وقانون التسجيل ، في شأن إخضاع الحقوق العينية العقارية التبعية لنظام واحد في الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، في التقنين المدني السابق وفي قانون التسجيل ، يخضع للنظام القيد كما ينبغي ، وبعضها - رهن الحيازة العقارية وحق امتياز بائع العقار - يخضع دون مبرر لنظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجاً شاملاً لم يفرع للتأمينات العينية العقارية في نصوص خاصة بها ولم يكتف بالإحالة فيها إلى نصوص التقنين المدني ، كان من الطبيعي أن يتوجه لإصلاح هذا العيب . فنص على إخضاع جميع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، ولم يكن معقولاً أن يستثنى منها أي حق . بل إنه زاد على ذلك ، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل به والتي كانت تخضع لنظام التسجيل ، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها في ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تحديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك يسر لأصحابها الشأن البحث عما يثقل العقار من تأمينات فلا يذهبون في ذلك إلى أبعد من عشر سنوات . ثالثاً : استقصى القانون الجديد المحررات الواجب إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كتلك التي تركها قانون التسجيل .

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالوقف والتصرف الناقل للملك بسبب الموت وهبة الوصية ، أخضعها للشهر بعموم النص أولاً ثم بالنص عليها خاصة . وأضاف إليهما الإرث ، وهو وإن كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشاراً في نقل الملك وعدم شهره يحدث ثغرة كبيرة في نظام الشهر .

هذا إلى أن القرارات الإدارية الناقلة للملك أصبحت هي خاضعة للشهر لدخولها في عموم نص المادة التاسعة ، فهي تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل . فمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة ، ومراسيم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والإذن بأحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات إدارية يجب تسجيلها (١) .

والى جانب ذلك سد القانون الجديد نقصاً ملحوظاً في استقصاء المحررات الواجبة

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر يد ١٨ - وانظر الدكتور محمود شوقي «الشهر العقاري علماً وعملاً» ص ٢٩٨ ص ٢٩٩ - ولم تكن هذه التصرفات الإدارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩٤٦ م فمن ملك يتصرف إداري صدر قبل العمل بقانون الشهر يستطيع دون أن يسجل هذا التصرف ، أن يشفع بما ملك (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض رقم ١٣١ ص ٩٠٢)

الشهر في محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً (١) وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك (٢) .

وغنى عن البيان أن القانون الجديد ، مع تحقيقه لوجوه الإصلاح المتقدمة الذكر ، احتفظ في الوقت ذاته بالمزايا التي حققها قانون التسجيل . ففرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات ، بل هو قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف في شأن العقود الكاشفة ، وجعل التسجيل في التصرفات المشقة ضرورياً لنقل الحق العيني لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وغير ذلك من المزايا التي سبق بيانها .

٢٦٥ - ما بقي دون علاج من العيوب : على أن هناك عيبين جوهريين باقين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخصياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته .

وما كان قانون تنظيم الشهر العقاري يستطيع معالجة هذين العيبين ، فإن العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العقاري في مصر ، وإدخال هذا النظام لن يكون إلا على سبيل التدرج لتفتت الأراضي وانتشار الملكيات الصغيرة في أرجاء مصر منذ أمد بعيد (٣) .

(١) وكان إجماع الفقه والقضاء في عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وإن لم يرد بها النص كما ورد في قانون الشهر العقاري ، وذلك قياساً على المخالصة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً .

(٢) أما في دعوى الشفعة ، فليس واجبا شهر الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع . ولكن يجب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ١/٩٤٢ مدني) ، فلا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ، ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار (م ٩٤٧ مدني) . ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، والحكم بالشفعة يجب تسجيله (م ٩٤٤ مدني) ويؤشر به على هامش تسجيل إعلان الرغبة وعلى هامش تسجيل البيع الأصلي إذا كان هذا البيع قد سجل .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري : «غير مستطاع إدخال نظام السجلات العينية وتطبيقه إلا على سبيل التدرج ، إذ من جاس لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها . وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريباً ، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب عدم دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية . ولذلك فالمقروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق محصورة الواحدة تلو الأخرى ، ومؤدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصي . ولذلك وجبت المبادرة إلى معالجة العيوب التي أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقض ، لييسر تطبيق النظام الجديد عليها» (المذكرة الإيضاحية بند ٩) .

٢٠ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ - عهدان : ونقصر الآن بحثنا على تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة، وهو الموضوع الذى نعالجه فى هذا الجزء من الوسيط . ونطبق أحكام التسجيل على عقد البيع من الناحية الموضوعية دون ناحية الاجراءات ، فقد سبق أن تناولنا ناحية الاجراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع كسائر التصرفات .

ويجب أن نميز بين عهدين : (أولاً) عهد التقنين المدنى السابق (ثانياً) عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن أحكام التسجيل بالنسبة إلى عقد البيع واحدة فى هذين القانونين .

أولاً : عهد التقنين المدنى السابق

٢٦٧ - التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير : التمييز الجوهرى الذى يبرز فى عهد التقنين المدنى السابق، من حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها بالنسبة إلى الغير حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل .

٢٦٨ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فى إلى التسجيل - النزاع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث : تنتقل الملكية فيما بين البائع والمشتري بمقد البيع ولو لم يسجل^(١) وكذلك تنتقل الملكية بالبائع غير المسجل فى حق الدائنين العاديين لكل من البائع والمشتري ، فلا يستطيع دائنو البائع التنفيذ على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق الطعن فى البيع بالدعوى البولصية ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائنو المشتري التنفيذ على العقار الذى أصبح ملكاً لمدينهم . وتنتقل الملكية كذلك بالبائع غير المسجل فى حق ورثة كل من البائع والمشتري ، فإذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار إلى ورثته بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار إلى ورثة المشتري إذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت إليه بالبائع .

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ - ٢١٠ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ - ٦٨ - وغنى عن البيان أنه يشترط لانتقال الملكية إلى المشتري أن يكون البائع مالكا للعقار، فإذا لم يكن مالكا له وكان المشتري حسن النية ، فإن هذا الأخير يملك العقار بالتقدم الخمسى ولو كان عقد البيع غير مسجل فى العهد الذى نحن بصدده . وإذا اشترى شخصان من بائعين مختلفين ، فالذى اشترى من المالك هو الذى يفضل ولو لم يسجل عقده (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٣٥) .

ويترتب على أن البائع إذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية العقار إلى وارثه، أن المشتري هو الذى يكون مالكا بالنسبة إلى هذا الوارث . فإذا باع الوارث العقار فإنه يكون قد باع ما لا يملك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري منه ولو سجل هذا عقد شرائه^(١) . ونرى من ذلك أن المشتري من الوارث إذا نازع المشتري من المورث ، فإن المشتري من المورث هو الذى يفضل ولو سجل المشتري من الوارث عقده قبل أن يسجل المشتري من المورث^(٢) . وكان هناك ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، رأى آخر يذهب إلى أن المشتري من الوارث إذا سجل قبل المشتري من المورث يفضل عليه ، قياساً على ما جاء فى المادة ٧٤٥/٦١٨ من أن المشتري من الموصى له إذا سجل قبل المشتري من الموصى يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصى له . وهذا رأى قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء^(٣) .

٢٦٩ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون الا بالتسجيل : ونبدأ أولاً بتحديد من

(١) وقد رأينا - أنظر الحاشية مسابقة - أنه إذا اشترى شخص عقاراً من المالك الحقيقى، فضل على المشتري من غير المالك ، ولو لم يسجل الأول عقده وسجل الثانى .

(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التى تقضى بأن الوارث لا يستمر شخصية مورثه (الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١١٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات معينة ص ٢٠٥ والأحكام التى أشار إليها فى هامش رقم ٥ - وانظر استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢/١٤٢ ص ٣٦٤ - محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٧ يوليو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩٢) .

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٣٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ - الأستاذ لامبير فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢٠٨ - ص ٢١٢ - الأستاذ شلدون إيموس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٨ - الأستاذ مونييه فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ - ص ٢٣٤ - الأستاذ عيسى زكى العرابى فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية ونتائجها فى القانون ص ٣٧ - ص ٤٤ الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٦١ - وأصحاب هذا رأى لا يذهبون إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث فإن هذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكنهم يستندون إلى أحكام التسجيل كما هى مقررة فى التقنين المدنى السابق ، فالوارث انتقلت إليه الملكية بالأرث والملكية الأيلة بالإرث تثبت فى حق كل إنسان بشيوت الوراثة، فيفضل المشتري من الوارث إذا كان أسبق تسجيلاً من المشتري من المورث .

وهناك رأى ثالث يفضل كذلك المشتري من الوارث الأسبق فى التسجيل ، ولكن هذا رأى يستند فى ذلك إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث، وإلى أن القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون فى الشريعة الإسلامية لا يقصد بها أن تظل التركة معلقة حتى الوفاء بديون المورث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسئولاً عن ديون التركة بنسبة ما آل إليه منها (الأستاذ أحمد عبداللطيف والأستاذ عزيز كجيل المحاماة ٣ عدد ٣ - استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦) . أنظر فى عرض هذه الآراء الثلاثة الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٥٩ - الأستاذ عبدالمنعم الدراوى فقرة ٢٢٠ .

هو الغير . يحلص من النصوص التي وردت في التقنين المدني السابق أنه يشترط في الغير شروط ثلاثة :

(١) أن يثبت له على العقار المبيع حق عيني بعوض . فالمشتري الثاني لعقار سبق أن بيع لمشتري أول ثبت له حق عيني - وهو حق الملكية - على هذا العقار بعوض ، فيعتبر من الغير . وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتهن ، إذ ثبت له حق رهن على العقار المبيع في مقابل دينه^(١) . ومثله من يثبت له حق انتفاع أو حق ارتفاق بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عيني بغير عوض ، كالموهور له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى في حقه البيع ولو لم يسجل . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري العقد ، وهب البائع العقار لشخص آخر وسجل الموهور له الهبة ، فإن المشتري هو الذي يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار إلى المشتري في حق الموهور له ولو سجل عقد الهبة ، إذ الموهور له ليس من الغير فيسرى العقد غير المسجل في حقه . لكن إذا بادر الموهور له وباع العقار إلى مشتري سجل البيع قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، فإن المشتري من الموهور له يعتبر من الغير ويقدم على المشتري الذي سجل بعده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا أوصى بائع العقار ومات قبل أن يسجل المشتري عقده ، فإن المشتري يفضل على الموصى له ، ولكن إذا بادر الموصى له إلى بيع العقار وسجل المشتري من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشتري الأول ، اعتبر المشتري من الموصى له غيراً وفضل على المشتري من الموصى .

(٢) أن يكون هذا الحق العيني الثابت على العقار مبنياً على سبب صحيح محفوظ قانوناً . ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العيني مصدر هو تصرف قانوني ناقل للملكية ، ويكون لهذا التصرف إجراءات مقررّة لحفظه قانوناً فيقوم صاحب الحق بهذه الإجراءات . فلا يكفي لاعتبار المشتري الثاني للعقار أو الدائن المرتهن غير أن يتم البيع أو الرهن ، بل يجب أيضاً على المشتري الثاني أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيّد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانوناً ، لم يجز للمشتري الأول أن يحتج عليهما بعقده إذا كان هذا العقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك .

(١) ومثل الدائن المرتهن الدائن الذي له حق اختصاص ، فإذا قيد الاختصاص تقدم صاحبه على مشتري من المدين لم يسجل عقد شرائه حتى لو كان عقد المدين نفسه غير مسجل (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٣٧ ص ٢٣٥) . ويقدم دائن البائع الذي قيد دينه قبل تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص الدائن المشتري (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٣٨ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ١١٨) .

(٣) أن يكون صاحب الحق العيني المحفوظ قانوناً حسن النية^(١) . ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون ، على الرأي الراجح ، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار . فمجرد العلم بسبق هذا التصرف يجعل صاحب الحق العيني سيئ النية ، فيفضل عليه من تصرف له المالك أولاً ولو لم يكن قد سجل عقده ، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد الثاني^(٢) . وهناك رأي آخر يذهب إلى أنه حتى يكون المشتري سيئ النية لا يكفي علمه بسبق التصرف ، بل يجب أيضاً أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع^(٣) . ولكن هذا الرأي لا يتفق مع النصوص ، ففي النص العربي للمادة ٣٤١/٢٧٠

(١) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٥٢ م ١٤ ص ١٦٨ .

(٢) ويستند هذا الرأي إلى صريح نص المادة ٣٤١/٢٧٠ مدني ، وإلى أن المشتري الثاني الذي يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم أن البائع يتصرف في عقار مملوك للغير فيكون عقد البيع الصادر إليه سبباً معيباً والمادة ٣٤١/٢٧٠ تشترط في الغير أن يكون حقه مبنياً على سبب صحيح ، وإلى أن هذا هو الرأي السائد في بلجيكا مع أن القانون البلجيكي اختصر على الشروط عدم الغش ولم يذهب إلى حد اشتراط حسن النية ، ولأنه لا يمكن الاحتجاج بالرأي السائد في فرنسا الذي يشترط التواطؤ لأن نص القانون الفرنسي لا يشترط حسن النية في المشتري الثاني بل يكتفي بأسبقيته في تسجيل عقده ، وإلى أن القومسيون الدولي الذي عقد في سنة ١٩٠٤ لإدخال نظام السجل العقاري في مصر اقترح أن ينص على أن مجرد علم المشتري الثاني بالتصرف الأول لا يكفي لاعتباره سيئ النية ولكن هذا الاقتراح قد رفض (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨١ ص ٢٩ - ص ٢١٠ - والتون ، ص ٤٢ - تقرير لجنة القومسيون الدولي ص ١٧ وتقرير اللجنة الفرعية ص ١٤) .

وانظر من هذا الرأي : دي هلتس ٤ بيع فقرة ١٢٩ - والتون ٢ ص ٤٣ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٥٦ - استئناف وطني ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٦ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٦ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٣ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٢٥ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٢٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٢١ .

(٣) أنظر إلى أساسيد هذا الرأي منقولة في كتاب البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - ويستند هذا الرأي إلى الرأي السائد في فرنسا وقد سبقنا الإشارة إليه ، وإلى أن مسألة العلم بالبيع الأول مسألة العلم بالبيع الأول مسألة نفسية يصعب التأكد منها فالأخذ بها يزعزع الثقة في المعاملات العقارية ، وإلى أن التسجيل حتى يكون نظاماً مفيداً يجب أن يكون في ذاته قرينة على العلم وأن يكون انتفاؤه قرينة على عدم العلم فلا يجوز إثبات علم المشتري الثاني بتصرف سابق لم يسجل إلا إذا أريد إثبات تواطؤ مع البائع .

وانظر من هذا الرأي كاديمنوس في محلة مصر المعاصرة ١٩١٩ ص ٤٠٣ - تستو ص ٦٣ - جرانمولان في التأمينات فقرة ٨٨٦ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ١١٧٣ - محكمة مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٥ - ٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٧ - ١٠ فبراير -

يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً «وكانوا لا يعلمون ما يضر بها» ، وترجمة هذه العبارة الأخيرة في النص الفرنسي للمادة هي "qui sont de bonne foi". وكلتا العبارتين العربية والفرنسية لا تستلزم إلا حسن النية ، وحسن النية ينتفى قطعاً بعلم المشتري الثاني بسبق صدور التصرف دون حاجة إلى التواطؤ .

فاذا فرضنا أن شخصاً باع عقاراً لمشتري أول ، ثم باعه مرة أخرى لمشتري ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثة المتقدمة الذكر في المشتري الثاني ، لم يسر في حقه البيع الأول إلا إذا كان مسجلاً قبل أن يسجل عقده . ولكن يجب أن يكون كل من المشتريين قد اشترى من المالك الحقيقي ، فاذا اشترى أحدهما من غير المالك الحقيقي وسجل فضل عليه المشتري من المالك الحقيقي ولو لم يسجل وقس على ذلك سائر أصحاب الحقوق العينية^(١) . وإذا صدر عقدان متواليان من مالك واحد ولم يسجل أيهما . فالعقد الأسبق هو الذي يفضل^(٢) (١) (٢)

= سنة ١٩٢٥ م ٣٧٤ ص ٢١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ .

وهناك رأى ثالث لا يكتفى بالعلم بالتصرف السابق ، بل ولا بالتواطؤ ، فيصبح تسجيل المشتري الثاني إذا تم أولاً مهما كان هذا المشتري الثاني سيئ النية ومهما كان متواطئاً ، ما لم يكن عقد البيع الصادر إليه عقداً صورياً ، فمئذ لا يكون للعقد وجود ولو سجل (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الرأي ما لبث أن هجر ، إذ أن المشرع لم يكن في حاجة إلى النص على عدم الاعتداد بالعقد الصوري (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عم ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المظامة ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٣٦ - ٢٣٧) .

(١) استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٦ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٢ - ٢١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ - ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٣ - ويلاحظ أن المشتري من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشتري من المالك الحقيقي ولو سجل هذا عقده . أما إذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقي ، فالعبرة بالتسجيل في تفضيل أحدهما على الآخر ، فمن سجل أولاً فضل ولو كان الآخر حسن النية وحاز العقار خمس سنوات ، إذ أن محل تطبيق التقادم الخمسي أن يكون الحائز قد اشترى من غير مالك .

ولو باع شخص عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري ثان : كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أما إذا صدر البيع الثاني بعد تسجيل البيع الأول ، كان البيع الثاني صادراً من غير مالك ولو بالنسبة إلى الغير ، فلز سار المشتري الثاني العقار وهو حسن النية خمس سنوات تملكه بالتقادم الخمسي ولو لم يسجل عقده ، وفضل على المشتري الأول الذي سجل عقده .

(٢) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١١٩٢ م ٢٤ ص ٣٥٤ .

(١) المقرر في قضاء محكمة النقض أن عقد البيع العرفي لا ينتقل إلى المشتري ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل فاذا لم يسجل المشتري عقد شرائه بقي العقار على ملك البائع ، ويكون له أن يبيعه لمشتري =

ويتفق في بعض الأحيان أن مشتري العقار لا يسجل البيع ، ويباع العقار لمشتري ثان ويسجل المشتري الثاني . فاذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري سجل عقده ، فهل يفضل في هذه الحالة المشتري الأسبق تسجيلاً؟ لو أن المشتري من المشتري الأول سجل البيع الصادر للمشتري الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشتري الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشتري من المشتري الأول يفضل . ولكن المفروض أن المشتري من المشتري الأول لم يسجل إلا البيع الصادر له من المشتري الأول دون البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول . فلو طبقنا القواعد العامة في التسجيل ، لوجب القول بأن المشتري الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشتري الأول من المالك الذي لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشتري من المشتري الأول ولو سجل عقده . ولكن المادة ٧٤٦/٦١٩ من التقنين المدني السابق تنص على أنه «في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها»^(١) . ويؤخذ من هذا النص أنه في الفرض المتقدم يفضل المشتري من المشتري الأول إذا سجل عقده أولاً^(٢) (١) (٢)

= آخر ، إلا أنه في هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الأول والبيع الثاني ، وذلك بسبب تعادل سندات المشتريين ومن مقتضى ذلك أنه إذا تسلم أحدهما العقار من البائع تنفيذاً للالتزامات الشخصية التي يربطها العقد بينهما لا يجوز معه نزع العين من تحت يده وتسليمها إلى المشتري الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك .

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن ٢٦٨٧ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ١٤١٠ لسنة ٥٤)

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٧ ص ٣٤ ص ٧٠٣)

(١) على أن المادة ٧٦٥/٦٣٥ - ٧٦٦ من التقنين المدني السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤشر من تلقاء نفسه بأسماء المتماقدين السابقين الذين لم يسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصرفهم في العقار .

(٢) هالتون ص ٣٤١ - جرانمولان في التأمينات فقرة ٨٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٦٢ (وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان وجوه انتقاد الحل الذي أخذ به النص) .

(١) تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا نشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير ، وإذا جاء هذا النص - أسوة بـص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له . لو مما يجيز ابطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فان مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو اجراء المفاضلة عند نزاحم المشتريين في شأن عقار واحد على أساس الأسبقية في الشهر ولو نسب إلى المشتري الذي يادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سد ملكيته عيب يطله ، ولا يغير من ذلك أن يكن صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية في تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أن

ثانياً : عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري

٢٧٠ - التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل : أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، فليس التمييز الجوهري هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، ففي كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . ولكن التمييز الذي يبرز في العهد الذي نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل .

أ - حكم البيع قبل أن يسجل

٢٧١ - البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين -
التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث (١) : لا ينقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة إلى الغير ، وليس في هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق لا ينقل هو أيضاً الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا ينقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضاً ، وهذا هو الجديد (٢) ، فقد كان البيع غير المسجل في عهد

= مجرد الأسبقية في تقديم الطلب لا تنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق . ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذي أجراه بمصلحة الشهر العقاري بعدم مراعاته للمواعيد والاجراءات التي تقضي بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقاري ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يمدو أن يكون بياناً للقواعد الإدارية المحددة للاجراءات والمواعيد الواجبة على مأموري الشهر العقاري اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد وإذا لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقاري ومن تواطؤ معه إذا كان لطلبه محل .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن ٢١٣ لسنة ٣١ ق س ١٧ ص ٢٩٥)

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ الطعن ٧٣ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٦٠٥)

(١) المعمول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذي يصدر من المورث والبيع الذي يصدر من الوارث لصدرها من شخصين مختلفين وتكون العبرة بتصرف المالك الحقيقي إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح .

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن ٧ لسنة ٢٣ ق س ٧ ص ٧٩٤)

(٢) المقرر في قضاء هذه المحكمة أن البيع الصادر من المورث لا ينقل إلى المشتري ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل ، فإذا لم يسجل المشتري عقد شرائه بقي العقار على ملك المورث وانتقل إلى ورثته من بعده بسبب الأثر ويكون للوارث ، كما كان لمورثه ، أن يبيع العقار لمشتري آخر ، إلا أنه في هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الصادر من المورث والبيع الذي يصدر من الوارث وذلك بسبب =

التقنين المدني السابق ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين كما سبق القول (١) . فتجريد البيع غير المسجل من أثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم .

ويتربى على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للمعين المبيعة ما دام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العين المبيعة ، وإن كان يستطيع كما سبى أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع . وقد قضت محكمة النقض في عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق فيما يتعلق بنقل الملكية ، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراهياً إلى ما بعد حصول التسجيل . وإذن فلا يصح للمشتري - ما دام لم يسجل عقده - أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، وإنما له أن يطالب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التي يرتبها العقد كتسليم المبيع وريعه وغير ذلك . فإذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وريعه وقضى له بذلك ، تعين نقض الحكم فيما

= تعادل سندات المشتري ، ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان أحد المشتريين قد استلم العقار المباع من البائع له ، فإنه لا يجوز بعد ذلك نزع من تحت يده وتسليمه إلى المشتري الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك ، وأن مناط الحجية المانعة من إعادة طرح النزاع في ذات المسألة المقضى فيها أن يكون الحكم قد قطع في مسألة أساسية بعد أن ناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما استقرار يمنع من إعادة طرحها ومناقشتها والبت فيها بحكم جديد ومن ثم فإن ما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يكون موضوعاً لحكم حائز قوة الأمر المقضى فيه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أنه لا خلاف بين طرف الخصومة على أن الطاعن الأول هو واضع اليد على المساحة موضوع التداعي والحائز لها ، مكان الطاعن الأول قد تمسك في دفاعه أمام درجتي التقاضي بأنه يضع اليد على عين النزاع نفاذا لعقد شرائه من من المرحومة إحدى ورثة المالك الأصلي فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتسليمها إلى المطعون عليه على سند من أن عقد الطاعن الأول المؤرخ ١٩٧٥/٢/٦ صادر من غير مالك أخذاً بحجة الحكم الصادر في الدعوى واستثنائها رقم ورغم أن هذا الحكم لم يقض في ملكية الناعمة لهذه المساحة ولم يتعرض لبجتها وإنما قضى برفض دعواها بطلب أحقيتها فيها تأسيساً على التزامها بضمان عدم التعرض في البيع الصادر من مورثها بالعقد المؤرخ ١٩٦٦/٢/١٨ يكون معيها بما يستوجب نقضه .

(جلسة ١٩٩١/٦/٩ الطعن ٢٤٢٠ لسنة ٦٠ ق)

(١) ومن ثم إذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل ، فإنه ينقل من غير تسجيل الملكية فيما بين المتعاقدين (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ ص ٤٨٤) .

يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها^(١). ويبقى البائع مالكا للمبيع^(٢)، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري، وإذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه. وكما يجرى هذا الحكم على البائع يجرى على وارثه، فلا يجوز لوارث البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه ياء^(٣).

ويترتب على ذلك أيضا أن دائن المشتري لا يستطيع أن ينفذ على العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص^(٤)، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري. أما دائن البائع فيستطيع التنفيذ على العقار، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص^(٥)، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر م ٤٠٥ مرافعات). وكذلك تنتقل ملكية العقار، إذا مات البائع قبل تسجيل البيع، إلى وارث البائع. أما إذا مات المشتري قبل التسجيل، فإن الملكية لا تنتقل إلى وارثه، ولكن يستطيع وارث المشتري أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وأن يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع.

وإذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار إلى ورثته، وباع الوارث العقار إلى مشتر آخر،

(١) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ من ١٥٤ - وانظر تعليقا على الحكم للأستاذ حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة من ٧٢٧ وما بعدها.

(٢) فإذا نزع ملكية المبيع للمنفعة العامة قبل تسجيل عقد البيع، نزع على البائع لا على المشتري، وانفسخ عقد البيع، ولا يكون للمشتري حق في التعويض المعطى للبائع عن نزع الملكية (استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ١٨٢).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع، لعدم تسجيل عقد البيع وتراخي انتقال الملكية بسببه، أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للمبيع. وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من يخلفه في تركته، فإن على الوارث أن يقوم للمشتري كمورثه بالإجراءات القانونية اللازمة لتسجيل من الاعتراف بصور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من جديد بتلك الأوضاع. ومتى وجب هذا على الوارث فلن يقبل منه أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ من ١٤٣. وانظر أيضا المنصورة الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٧٢). ويسرى التزام ورثة البائع في حق دائنيهم (استئناف مختلط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ٢٠٠).

(٤) ويبقى حق الاختصاص غير صحيح حتى بعد تسجيل البيع، لأنه أخذ على عقار كان غير مملوك للمدين وقت أخذه، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الأخذ بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ودائبيهم (نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٣ من ٤٩٧).

(٥) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١٤٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ٩.

فإن التنازع يقع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث. وقد رأينا أن المشتري من المورث، في عهد التقنين المدني السابق، هو الذي يفضل، لأن الملكية انتقلت إليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية إلى الوارث، فيكون المشتري من الوارث قد اشترى من غير مالك فلا تنتقل إليه الملكية ولو سجل عقده. أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري، فالأمر يختلف. ذلك أن المشتري من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل إليه الملكية، وانتقلت إلى وارث البائع، ثم انتقلت من الوارث إلى المشتري منه إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشتري من الوارث عقد شرائه. ومن ثم يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبق الأول الثاني في التسجيل^(١). غير أنه إذا أشر المشتري من المورث، باعتباره دائئا للتركة، بدينه وطبقا لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري قبل أن يسجل المشتري من الوارث عقده، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تاريخ شهادة الإرث، كان له أن يحتج بحقه كمشتري على المشتري من الوارث. ولما كان حقه هو أن تنتقل إليه ملكية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري منه إلا بالتسجيل. فإذا لم يسجل عقد شرائه، بقي العقار على ملك البائع وانتقل إلى ورثته من بعده بالإرث. وإذا هم باعوه وسجل المشتري منهم عقد شرائه، انتقلت إليه ملكيته. أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون وأن شخص الوارث يغير شخص مورثه فلا محل لإجراء حكم التفاضل بين البعدين على اعتبار أنهما صادران من متصرف واحد في حين أنهما صادران من شخصين مختلفين - هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل، وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى، والتي من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، وأن ليس للمشتري بعقد غير مسجل إلا حقوق شخصية قبل البائع له. فكما أن البائع بعقد غير مسجل يستطيع أن يبيع مرة ثانية لمشتري آخر تنتقل إليه الملكية بتسجيل عقده، فكذلك الوارث الذي حل محل مورثه فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات في حدود التركة يملك أن يتصرف في العين التي يتلقاها بالميراث عن مورثه لمشتري آخر إذا لم يسجل المشتري من مورثه عقد شرائه، وتنتقل الملكية إلى هذا المشتري الآخر بالتسجيل لبقائها حكماً على ملك المورث. أما كون تصرف الوارث نافذاً أو غير نافذ في حق دائني التركة فهو بحث آخر، ويظل حق الدائنين قائماً في الطعن في هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق في هذا الخصوص، كما يبقى لهم حق تتبع أعيان التركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام الشريعة الغراء الواجب تطبيقها في هذا الخصوص عملاً بالمادة ٥٤ من القانون المدني القديم (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٧ من ٤٦٧ - وانظر أيضاً: نقض مدني أول يونيو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض رقم ١٤١ من ٥٦٩ - ٤ يونيو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٦ من ١١١٣ - وقارن: نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر رقم ١٣ من ٢٤ - ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١١ من ٧٩٤). وانظر الأستاذ أورد سلطان فقرة ١٨٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٠ وفقرة ١٧٦ من ٢٩٦ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٠٨ - الأستاذ جميل الشرقاوي من ١٨٢ - من ١٨٣ - الأستاذ عبدالمعصم البدرأوى فقرة ٢٢١ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٣.

المبيع ، فإن له أن يطالب المشتري من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض^(١) ، فإذا حصل على حكم يطلبه سجله أنتقلت إليه الملكية .

وبرى من ذلك أن المشتري من المورث يفضل على المشتري من الوارث في حالتين :
(١) إذا سبق إلى تسجيل عقده (٢) أو إذا أشر بحقه قبل تسجيل المشتري من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تسجيل شهادة الإرث^(٣) . فإذا لم يفعل هذا ولا ذلك ، فضل عليه المشتري من الوارث إذا سجل عقده ، لأن هذا قد اشترى من الوارث بعد أن انتقلت إليه الملكية بالميراث . وإذا تسلم المشتري من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك ، فإن عقد البيع الذي في يده لا يعتبر سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، لأنه صدر من المورث وقت أن كان مالكا للمبيع والسبب الصحيح في التقادم الخمسي يجب أن يكون صادراً من غير مالك . لكن إذا استمر المشتري من المورث حائزاً للعقار المبيع مدة التقادم الطويل ، انتقلت إليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع^(٤) .

٢٧٢ - ولكن البيع غير المسجل لا يزال يبعاً فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل :
على أن البيع لم يصبح ، بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضي ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، وينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأي يذهب إلى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعاً وإنما يكون عقداً غير مسمى وأن البيع لا يتم بالتسجيل ، ولكن هذا الرأي بقي رأياً مرجوحاً منذ ظهر ثم اختفى سريعاً ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضي ولو لم يسجل^(٥) . فالبيع غير المسجل ينتج جميع آثار البيع ، إذا استثنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ - ص ٢٢٤ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من أن المشتري بعقود عرفية ثابتة التاريخ من المورث قد ملكوا ما اشتروه بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة ، واستغنت بهذا عن البحث في أمر تسجيل الاختصاص الذي أخذ ضد المورث والمفاضلة بينه وبين العقود العرفية وفقاً لمواد التسجيل القديمة ، فلا مخالفة للقانون في ذلك ؛ لأن واضح اليد المدة الطويلة مع العقد العرفي الثابت التاريخ يفضل قانوناً على صاحب التسجيل (نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون التسجيل الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعقدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٤ =

ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع^(١) ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري^(٢) وتسليم المبيع وبضمان التعرض^(٣) والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري ،

ص ١١٥٠ - أول يونيو سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ - أنظر أيضاً استئناف محتط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ - ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣١٠

هذا وقد قدمنا أن بيع العقار في التقنين المدني العرفي عقد شكلي لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو ، وأن العقد غير المسجل في دائرة الطابو ليس بيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على إنشاء التزام بالتعويض دون أن ينشئ التزاماً بنقل الملكية (أنظر آنفاً فقرة ٢٥٠ في الهامش) .

(١) ويترتب على أن البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع ما يأتي : (أ) ما قدمناه من أن البائع لا يستطيع أن يطالب المشتري بتثبيت ملكيته على المبيع ولو أنه لا يزال مالكا لأن البيع لم يسجل ، ذلك أنه ملتزم بنقل الملكية ومن كان ملتزماً بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب بها (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) . (ب) يجوز للمشتري الذي لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائئاً للبائع بنقل الملكية ، أن يحول حقه هذا لحال له ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٥٩٤) . (ج) إذا اشترط البائع على المشتري ألا يسجل العقد قبل الوفاء بالثمن ، فإن البيع يتم قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل ، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . فإذا لم يدفع المشتري الثمن ، جاز للبائع إما مطالبته بالثمن وإما فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق قبل قانون التسجيل (استئناف محتط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩) .

(١) متى كانت المطعون عليها قد أسست دعواها على عقد البيع الابتدائي الصادر لها ، والذي ينقل إليها - ولو لم يكن مشهراً - جميع الحقوق المتعلقة بالبيع والدعوى المرتبطة به بما في ذلك طلب نفى حق الارتفاق الذي تدعيه الطاعة ، فإن الدعوى تكون من الدعوى المتعلقة باصل الحق ، وليست من دعوى الحيازة ، ويكون قضاء الحكم المطعون فيه بتسليم العين وطرده الطاعة منها استناداً إلى أن العقد العرفي يمنح المشتري الحق في استلام المبيع لأنه من الآثار التي تنشأ من عقد البيع صحيحاً في القانون ولا عبرة بما تنص عليه الطاعة على الحكم المطعون فيه من أنه قضى بتسليم العين رغم سبق القضاء به في دعوى صحة التعاقد المرفوعة على البائعة طالما أن الطاعة لم تكن طرفاً فيه .

(جلسة ١٩٧٣/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٩٨)

(٢) أ - يلتزم البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه ، وهذا الالتزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو يكن مشهراً ، ينتقل من البائع إلى ورثته فميتع عليهم ومثله - منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية ، إذا كان الطاعون (ورثة البائع) قد دفعوا دعوى ورثة المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لمورثهم من مورث الطاعنين ، بسقوطها بالتقادم لرصعها بعد أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ صدور هذا العقد ، فإن هذا الدفاع يعد من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على الطاعنين بمقتضى التزام مورثهم بالضمان ، وإذا التزم الحكم المطعون به هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٣٩٨)

فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع (١). وترتب على ذلك أيضاً أن البيع غير المسجل يبقى محتفظاً بالوصف القانوني للبيع ، فيجوز الأخذ به

= (جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٣٥٥)

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢١ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض السنة ٢٥ عاماً - ١٤ - ٣٥٥)

(جلسة ١٩٥٤/٣/٤ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض السنة ٢٥ عاماً - ١٠١ - ٦٣٨)

ب - ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وراضى نقل الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز أن يدعيها لنفسه .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

ج - مشتري العقار بعقد غير مسجل يعتبر مجرد دائن عادي بالالتزامات الشخصية المترتبة في ذمة البائع والناشئة عن هذا العقد .

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٥٩٩)

د - من أهم التزامات البائع ضمان انتقال ملكية المبيع إلى المشتري فلا يجوز له طلب تثبيت ملكية إلى العقار المبيع منه بمجرد أن المشتري لم يسجل عقد شرائه .

(جلسة ١٩٥٣/١١/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ١٧٧)

(جلسة ١٩٥٨/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧٧٦)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استحدثه قانون التسجيل من الأثر هو أن نقل الملكية بعد أن كان ، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق ، نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراعياً إلى بعد حصول التسجيل . أما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم ينسخها قانون التسجيل ، فالبائع يبقى ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يبقى المشتري ملزماً بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب بينهما على التقابل بمجرد انعقاد البيع (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣) . وقضت أيضاً بأن عقد البيع ، سواء كان مسجلاً أو غير مسجل ، يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، فإذا لم يتم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به ، واستحقت العين المبيعة أو نزع ملكيتها بسبب ترتب حق عيني عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد ، فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضمينات طبقاً لما نقض به المادتان ٣٠٠ و ٣٠٤ من القانون المدني (السابق) . ولا يسقط حق الضمان عن البائع ، إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساقط الخيار ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذا فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصي من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ - وانظر أيضاً نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ وسائر الأحكام المشار إليها في هذا المعنى في الحاشية قبل السابقة - وكان هذا الرأي قد استقر في القضاء المصري قبل إنشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر في درأها المجتمعة في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ٨ ص ٢٩٩).

بالشفعة، ويصلح أن يكون سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي قبل التقنين المدني الجديد (١) ، ويكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ولو لم يسجل .

فتبحث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع . (٢) وينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب البائع وفي جانب المشتري . (٣) وترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

٢٧٣ - البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية - كيف ينفذ هذا الالتزام : قدمنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشتري (٢) ، ولكنه ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصي إذ لابد أن يكون مقراً بصدر البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري أن يطالب البائع ، تنفيذاً للالتزام الذي في ذمته ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . فإذا قام البائع بهذه الأعمال وانبنى على ذلك تسجيل العقد ، فقد نفذ

(١) المقرر من قضاء محكمة النقض أن النص في الفقرة الثالثة من ٩٦٩ من القانون المدني على أن السبب الصحيح الذي تكسب به ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء الذي يراد كسبه بالتقادم يدل على أنه متى كان البائع للمشتري المتزاحمين بمقود - واحداً - فلا وجه لتمسك أحدهم في مواجهة الآخر بتملك المبيع بالتقادم الخمسي .

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥ الطعن ٢٧٧ لسنة ٥٤ ق)

(٢) البيع غير المشهور وإن كان يلزم بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازته والانتفاع به ، إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه على الأرض المبيعة ، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بشهر سنده أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق ، فإذا باع الأرض لمشتري كان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق ، ويصح كل ما للمشتري الأول الباني الذي لم يشهر عقده - إذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه بانياً حسن النية هو أن يطالب المشتري الثاني بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء ، لما كان ذلك وكان سند المطعون ضده الثاني في إقامة البناء مثار النزاع هو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضده الثالث وقد خلت الأوراق مما يفيد اشتماله على اتفاق طريقة على تملك المطعون ضده الثاني لما يقيمه من مبان أو يحدد مصيرها ، مما ينبنى عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الالتصاق وانتقال ملكيتها إلى المطعون ضده الأول تبعاً لملكيتها الأرض مشتراة بموجب عقد البيع المشهر ، وبالتالي فلا يسوغ لدائن المطعون ضده الثاني التنفيذ على البناء لأنه لم يكن فقط مملوكاً له ، ولا يعدو والعقد المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء - وإن سمياه عقد بيع - أن يكون اتفاقاً على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثاني قبل مالك الأرض اعمالا لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدني بوصفه بائياً حسن النية .

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٣٥٧)

(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن ٦٤٨ لسنة ٤٩ ق)

التزامه بنقل الملكية ، وانتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بالتسجيل .

وإذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على إمضاءه ، أو أدخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد (١) ، جاز للمشتري إجباره هو أو ورثته على القيام بذلك . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الأخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عيناً ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعويين ابتكرهما العمل وأقرهما القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢٧٤ - دعوى صحة التعاقد : هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير إليها ، ولكن العمل ابتدعها (٢) تحت اسم «دعوى صحة ونفاذ العقد» منذ صدور هذا القانون ،

(١) كأن يكون البيع قد صدر شفهاً وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون صالحة للتسجيل ، أو يكون قد كتب على ورقة عادية وامتنع البائع عن كتابته على النموذج المطبوع المخصص للتسجيل ، أو يكون بائع قد امتنع عن تقديم المستندات والشهادات اللازمة للتسجيل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٨ ص ٢٠٣) .

(٢) ولم يتخلف القضاء المختص عن القضاء الوطني في إقرار دعوى صحة التعاقد ، فمن أحكام محكمة الاستئناف المختصة في هذا المعنى : استئناف محبط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ - ١٣ ديسمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ - ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ .

ونقوم دعوى صحة التعاقد على الأساس القانوني الآتي : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاماً يتمكن المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عيناً وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدني على أنه «في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام» . فدعوى صحة التعاقد إذن هي دعوى يطالب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً في عقد بيع صحيح نافذ . ويترتب على ذلك أنه إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فإذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن عيناً ، ومن ثم ترفض دعوى المشتري الأول على البائع بصحة التعاقد (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٦ ص ٢٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ٢٢١ قارن الأستاذ جميل الشرقاوي ص ١٥٩ هامش رقم ٢) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد إذا تبين من وقائع الدعوى أن تسجيل الحكم لن يجدي المشتري في نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية بسند يحتج به في مواجعتها رغم صدور الحكم لمصلحته ، كمشتر ثان سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، إذ أن الحكم لمصلحة المشتري الأول وتسجيل هذا الحكم يصحح عديم الفائدة (نقض مدني ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم =

ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذي قدمناه ، حتى لو كان معترفاً بصدور البيع منه (١) . فسواء كان البائع منكرًا للبيع أو معترفاً به ، فهو ما دام امتنعاً عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استطاع المشتري إجباره على ذلك ، بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (action en réalisation, en constatation, de la vente) . فإذا ما صدر هذا الحكم جعل منه المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فهو سند رسمي أقوى من السند العرفي المصدق فيه على التوقيع ، وهو في الوقت ذاته يثبت - أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية - وقوع البيع صحيحاً نافذاً . فيجوز إذن للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع (٢) ،

٣٩ ص ٢٥٧) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد إذا اضح أن المتدخل فيها هو المالك الحقيقي للعقار ، لأن المشتري من غير المالك لا يجديه أن يصدر حكم بصحة تعاقد (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧ وقد سبق الإشارة إليه - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١١٠) . وبما يقطع أن دعوى صحة التعاقد ليست في حقيقتها إلا مطالبة المشتري للبائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً أن هذه الدعوى لا يرفعها البائع على المشتري ، وإنما يرفعها المشتري على البائع . أما الدعوى التي يرفعها البائع على المشتري فهي دعوى المطالبة بدفع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والمفروض طبعاً أن البيع غير مكتوب أصلاً أو مكتوب في ورقة عرفية . أما إذا كان مكتوباً في ورقة رسمية ، فلا حاجة للمشتري برفع دعوى صحة التعاقد ، لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع ، وذلك ما لم يمتنع البائع عن تقديم المستندات التي تثبت أصل ملكيته .

(٢) وذلك بشرط أن يرفع المشتري بالحكم عند شهره المستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، لأن الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لأصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا يعفي المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع (٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : «سبق أن بينا أن كثيراً من المتعاملين كان يلجأ إلى دعوى صحة التعاقد للتهرب من إثبات ملكية المتصرف . فإذا ما طالبت الهيئة التي كانت تشرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشتري دعوى صحة التعاقد واستصدر حكماً بذلك يقدم لأقلام الرهون ويسجل ألياً باعتباره حكماً واجب التنفيذ ، فتنتقل بذلك ملكية العقار إليه دون بحث . صحيح أنه كان للمحكمة حق بحث هذه الملكية ، إنما كثيراً ما كان يحدث أن يغيب المدعي عليه وهو البائع أو يحضر ويقر بصدور التعاقد منه ، فيصدر الحكم هذا الأساس ، وتنتفي المحكمة من قانون سنة ١٩٢٣ الذي كان يتطلب دقة في البحث قبل تمكين أي شخص من التصرف وقد فطن المشرع (قانون تنظيم الشهر العقاري) عندما قضى بشهر دعوى صحة التعاقد إلى سوء استعمال هذا الحق في الماضي ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يعفي المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع .. وقد كانت الأسباب التي مردناها داعية إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك علم شهر الأحكام الصادرة فيها (الشهر العقاري علماً وعملاً ص ١٩١ - ص ١٩٣) ويقول :

ومتى سجله انتقلت إلى ملكية المبيع (١)(١).

بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك، وغل يد البائع من التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد، حتى لا يكون المشتري تحت رحمته أثناء المدة الطويلة التي قد يستغرقها نظر الدعوى، فيبادر البائع إلى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم. وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار (٢)، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد

= الأستاذ محمد أبو شادي: «وإذا تعذر على المحكوم لصالحه في دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لكونها في حوزة الصادر ضدهم الحكم، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال الملاك السابقين والمجاورين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار. ثم يعمل إقرار بنتيجة هذا التحقيق ويحرر على ورق التسجيل المتزوج ويوضح به أصل الملكية، على أن يوقع على هذا الإقرار من الصادر لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله (شهر الحقوق العقارية ص ١٢٣).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمشتري أن يطلب تنفيذ ما تعهد به البائع من نقل الملكية إليه، وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلًا إلى تسجيل الحكم الذي يصدر له بما طلب، والذي يحل في هذه الحالة محل العقد في التسجيل. فإذا ما تمت هذه الإجراءات أصبح مالكا قانوناً للعقار المبيع، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤) - والذي يسجل هو الحكم وحده، ولا حاجة إلى تسجيل العقد معه، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومعه العقد باعتباره من ملحقات الحكم (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٩٥ ص ١٥١)، وهذا بخلاف دعوى صحة التوقيع فيها يسجل العقد وهو الأصل ومعه الحكم باعتباره من ملحقاته.

ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار كالدعوى العينية، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه كالدعوى الشخصية (م ٢/٥٦ مرافعات - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨).

(٢) ويستطيع المشتري إلى جانب ذلك أن يطلب وضع العقار المبيع تحت الحراسة أثناء النزاع. وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يحول دونه عدم حصول التسجيل، ومن شأنه هذه الآثار أيضاً أن يكون للمشتري - إذا ما خشي على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة، إذ النزاع على كل حال مصعب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدني ١٧ يولييه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨).

(١) على محكمة الموضوع إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها التكييف القانوني الصحيح دون تفيد بتكييف الخصوم لها إلا أنها لا تملك تغيير سبب الدعوى ويجب عليها الالتزام بطلبات الخصوم وعدم الخروج عليها، وإذ كانت الدعوى قد أقامها الطاعن بطلب اقتصر على صحة ونفاذ عقد البيع الصادر إلى فإن لازم ذلك أن تنفذ المحكمة في قضائها بهذا الطلب وحده وما ارتكز عليه من سبب

بعد ذلك أشر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، فيصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري (١)(١). وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه، واعتبرت دعوى

= قانوني وما قد يطرأ أمامها عليها من تغيير أو تعديل من الطاعن أثناء سير الخصومة وفي الحدود التي يقرها قانون المرافعات وليس صحيحاً في القانون ما يقول به الطاعن من أن القضاء للمشتري بصحة ونفاذ عقد البيع وثبوت ملكية للعقار محل هذا العقد أمران متلازمان ذلك أن المقصود من طلب صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية، فيكون في معنى هذا الطلب أن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري، ولذا فإن الحكم به يكون متناقضاً إذا ما اجتمع مع قضاء تثبت ملكية ذات المشتري لهذا العقار لما أورده هذا القضاء بطريق اللزوم الحتمي عن ثبوت اكتساب المشتري للملكية العقار فعلاً، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون صائباً إذ خلص إلى تخطئة الحكم الابتدائي بمخالفة القانون بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم لما ثبت أن طلب الدعوى ينحصر في الحكم بصحة عقد البيع ونفاذه ورغم ذلك قضى دون طلب من الطاعن بتثبيت ملكيته إلى المساء مع فضائه بصحة ونفاذ عقد بيعها إليه، فإن النص يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢١ الطعن ٤٥٥ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ٥٧٣)

(١) ليس هذا فحسب، بل إن البيع الصادر من البائع إلى مشتري آخر إذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، لم ينفذ مع ذلك في حق المشتري الأول الذي رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المشتري الآخر حسن النية، ذلك أن حق المشتري الأول الذي سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تنعدم حجته إلا في مواجهة الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ قانون الشهر). كذلك لا يحتج على المشتري الأول بتسجيل سابق لعقد صوري، سواء كان هذا العقد الصوري لا وجود له أصلاً (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٣ يولييه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣)، أو كان عقد ضمان في صورة عقد بيع (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤).

ويجوز للمشتري أن يحتج بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل، حتى لو كان عقد البائع له لم يسجل إلا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ٤١١).

(١) لا يترتب على التسجيل إثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو حق عيني آخر على عقار أو نقله، وإن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري إذ أحاز بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية وترتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبقاً للقانون، انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى (م ١٧) إنما قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من تترتب لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يترتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذي يقرر حق المدعي فيها.

(جلسة ١٩٦٩/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٦٩)

(جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٣٢٩)

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢ الطعن ٣٦ لسنة ٥٢ ق)

صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلاً كما سبق القول^(١)، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التي تسجل صحيفتها ويكون لتسجيلها الحجية التي قدمناها طبقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل^(٢). وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤيداً للعمل

(١) انظر أيضاً فقرة ٢٥٩.

(٢) نص مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٤٩٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٣ ص ٥٨٧.

(١) أ - دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . مقصودها تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية . لازمة أن يكون البائع مالكا أصلاً للعقار المبيع . أثره . ثبوت عدم ملكية البائع للعقار المبيع . وجوب رفض الدعوى أساس ذلك كون البيع غير نافذ في نقل الملكية إلى المشتري وليس كونه البائع باع ملك غيره .

(جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦ الطعن ١٧٦٩ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٩٨/١١/٢٦ الطعن ١٧٦٩ لسنة ٦٢ ق)

ب - وجوب أن يكون المبيع المحدد في صحيفة دعوى صحة التعاقد التي يتم تسجيلها والتأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها . هو بذاته المبيع الذي كان محلاً للبيع .

(جلسة ٢٠٠١/٧/٣ الطعن ٢٤٠١ لسنة ٧٠ ق).

ج - إن النص في المادة ٢/١٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أن يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . وفي المادة ١٦ منه على أن «يؤثر بمنطوق الحكم النهائي في الدعاوى المبينة بالمادة السابقة في ذيل التأشير بالدعوى، أو في هامش تسجيلها» وفي المادة ١/١٧ منه على أن يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة ، أو التأشير بها ، أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشّر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها» وفي الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من القانون ذاته المضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ الذي تقرر العمل بأحكامه اعتباراً من ١٩٦٧/٥/١ على أن «ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية ، أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول» يدل على أن المشرع أوجب تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد على كل حق عيني عقاري ، ورتب على ذلك أن يكون حق المشتري - رافع الدعوى حجة على كل من ترتب لهم حقوق عينية على العقار المبيع ابتداء من تاريخ تسجيل الصحيفة ، ودفعاً لاضطراب المعاملات وعدم استقرارها وضع المشرع حداً زمنياً لا يجوز بعده لصاحب الشأن أن يستفيد من هذا الأثر الرجعي ، فاشتراط الاحتفاظ المشتري بهذه المزية أن يتم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بالصحة والنفاذ خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائياً أو من يوم ١٩٧٦/٥/١ أيهما أطول ، وإلا سقط حقه في الاحتفاظ بها وزالت الأسبقية التي كانت قد تفررت له من تاريخ تسجيل صحيفة دعواه بقوة القانون، فلا يحتاج بها من ترتب لهم حقوق عينية على العقار المبيع في تاريخ لاحق لتسجيل الصحيفة .

(جلسة ٢٠٠١/٦/٥ الطعن ٤٧٩٨ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن ١٥٤٠ لسنة ٧٠ ق)

وللقضاء ، فنص صراحة في المادة ٢/١٥ كما رأينا أنه «يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية»^(١). ورتب على تسجيلها ، كما جاء في المادة

د - تمسك البائعة بأن عقد البيع موضوع الدعوى مرور عليها ، عدم تقديم الطاعة «المشتري» هذا العقد لاتخاذ إجراءات الطعن بالتزوير عليه بمقولة أنه مودع بمكتب الشهر العقاري دون أن تقيم الدليل على استحالة سحبه أو تطلب تمكينها من اثبات ذلك . قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول دعوى الطاعة بصحة ونفاذ العقد تأسيساً على عدم تقديمها له دون عذر مقبول ، كفايته لحمل قضائه .

(جلسة ٢٠٠٠/٤/١٩ الطعن ٢٣٩٠ لسنة ٦٣ ق)

هـ - دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى استحقاق مآلها يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ولا يجاب المشتري إلى طلبه ، إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين ويترتب على ذلك أنه إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشتري ثان ، وسجل هذا العقد قبل أن يتمكن المشتري الأول من التسجيل أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن عينياً وتحول حق المشتري إلى تعويض .

(جلسة ١٩٨٢/٣/١٣ الطعن ٦١ لسنة ٤٩٨ ق ص ٣٣ ص ٥٠٨)

(جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ الطعن ٨٩٩ لسنة ٤٣ ق ص ٣٢ ص ٢٢٥٦)

(جلسة ١٩٧٩/١١/١٥ الطعن ٨٨٠ لسنة ٤٦ ق ص ٣٠ ص ٣٧ ع ٣)

(١) ولا يجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد إلا بعد إعلانها وقيدتها بجدول المحكمة (م ١٥) قانون الشهر ولا يكفي التأشير من مصلحة المساحة على صحيفة الدعوى (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٢) . والعبرة في تحديد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هي بما ورد من ذلك في العقد الذي يبيع بموجبه ، لا بما يكون قد ورد ، صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٣٣).

على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية قبل التأشير بالحكم الصادر فيها (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦) . ولما كانت محكمة النقض لا تأخذ بالأثر الرجعي للتسجيل ، فقد رتب على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية فيما يأتي : (أ) رفض دعوى شفعة رفعها مشتر لم يسجل عقد مشتراه للعقار المشفوع به وإن كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢) . (ب) سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بحضي أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) . (ج) في صدد المفاضلة بين أي المالكين ، أرض الشفع أو أرض المشتري ، تعود عليه منفعة أكثر ، يسقط اعتبار الشفع مالكا لجزء من الأطنان التي يشفع بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) - فانسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد مقصور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التي تقرر على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى شهر التصرفات فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠).

٢١/١٧ وأن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشّر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها .

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الغرض منها ثبوت أن عقد البيع قد صدر من البائع صحيحاً نافذاً وأن هذا العقد لا يزال صحيحاً نافذاً وقت صدور الحكم (١) ، فإنه يجوز للبائع أن يتقدم في هذه الدعوى بأى دفع يتعارض مع ذلك (١) . فيجوز له

(١) لذلك يقع على المشتري عبء إثبات صدور عقد البيع من البائع . ولما كان البيع تصرفاً قانونياً ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كان الثمن لا يزيد على خمسمائة جنيه . والغالب أن يقدم المشتري ورقة عرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير مصدق عليه ، فيتسع المجال عندئذ للبائع في أن يعرض في هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالإبطال أو بالفسخ أو بالانقضاء أو بغير ذلك من أوجه الطعن .

(١) أ - دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتتأوله في نفاذه ومداه وصحته ، وعقد البيع بوصفه من العقود التبادلية يرتب بين عاقلديه التزامات متقابلة منها التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام هذا الأخير بدفع الثمن فإذا لم يتم الوفاء به جاز للبائع أن يدفع الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه المذكور ويتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، فإن استبان عدم الوفاء بالثمن كله أو بعضه كانت الدعوى غير مقبولة .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٦ الطعن ١١٧٧ س ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٧٤٣)

ب - تمسك المتدخل في دعوى صحة التعاقد بطلب رفض الدعوى لبطلان عقد البيع ، يعد تدخلاً خصامياً تطلب به المتدخل لنفسها حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية ويتمين على المحكمة ألا تقضى بصحة التعاقد أو تقبل الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في طلب التدخل رفضاً أو قبولاً ، اعتباراً بأن هذا البحث هو مما يدخل في صميم الدعوى المطروحة وعلى أساس أن الحكم الذى يصدر بصحة التعاقد أو بالحقاق الصلح المبرم بمحضر الجلسة منوط بالتحقق من عدم سلامة دعوى الخصم المتدخل أياً كان السبب وسواء كان مرده إلى تخلف الصفة أو إلى فساد الادعاء .

(جلسة ١٩٩١/١٢/٣١ الطعن ٢٣٠٧ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٧٥/٢/١٢ الطعن ٥٩ لسنة ٣٩ ق أحوال شخصية س ٢٦ ص ٣٦٤)

(جلسة ١٩٧٠/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٢٢١)

ج - دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد إذ أن من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد وعلى ذلك فإن إذا فات الخصم ابتداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعته ابتدؤه في تلك الدعوى ثم حكم بصحة العقد ونفاذه فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب ، ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلب بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان إذ في هذه الصورة تحصر وظيفة المحكمة في بحث هذا السبب وحده فرفضه أو قبله وهي حينئذ تنهى إلى رفضه يقتصر قضاؤها على هذا الرفض ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد ومن ثم فإن حكمها يرفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان أما في دعوى صحة ونفاذ العقد فالأمر =

إذن أن يدفع الدعوى بصورية البيع ، أو ببطلانه لانعدام التراضي أو لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من أسباب البطلان (١) (١) . ويجوز له أن يرفع دعوى فرعية بإبطال البيع لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو لنقص في الأهلية . ويجوز له أن يدفع بانقضاء البيع أو عدم نفاذه ، لتحقق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو

=مختلف إذ المحكمة لا تقف عند رفضه أسباب البطلان التى توجه إلى العقد بل تتجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتأوله العقد صحيح ونافذ .

(جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٣ الطعن ٣٦٨٥ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٨٩٩)

(جلسة ١٩٧٢/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٥٠)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ الطعن ١١٤ لسنة ٢٨ ق س ٢٤ ع ٢٤ ص ٥٩٦)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٨٥٠)

(جلسة ١٩٧٥/٥/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٩٤٦)

د - إقامة المشتري مبان على الأرض المبيعة بالمخالفة للاشتراطات المتفق عليها . أمر لاحق للعقد لا يؤثر على صحته أو نفاذه . القضاء بعدم قبول دعواه بصحة العقد لا يخللهم بالتزامهم العقد . خطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ الطعن ٢٥١٥ لسنة ٦١ ق)

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ الطعن ٩٧٠ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ح ١ ص ٦١٨)

(١) الفصل في دعوى صحة ونفاذ العقد يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة العقد وبالتالى البيع ، ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه ، ومنها أنه صوري صورية مطلقة ، إذ من شأن هذه الصورية لو صححت أن يعتبر العقد لا وجود له قانوناً ، فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه .

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٩ الطعن ٧١٢ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٣/٤/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٥٩٦)

(جلسة ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٤٨٦)

(جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٥٧٧)

(جلسة ١٩٥٧/١٠/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٧٥٩)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانعقاده ، وما يجزئ قاضى الموضوع من هذا التثبت في دعوى صحة التعاقد يجب عليه أن يورد في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يفعل أمر الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهلاً فيه ركن الثمن المقول بأن البيع ثم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بأسبابه متعياً نقضه (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣)

لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانقراض أو لعدم النفاذ^(١) ويجوز له أخيراً أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته^(٢).

(١) ومن أسباب عدم نفاذ البيع الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فإذا لم يتم المشتري بالتزامه من دفع الثمن ورفع مع ذلك على البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز البائع أن يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن فيتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقاً للقواعد المقررة في الدفع بعدم التنفيذ (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام القضاة رقم ٨٢ ص ٤٤٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض رقم ٨ ص ٤٧ - ٤٥١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض رقم ٨٧ ص ٧٨٩ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١٠٩).

ومن أسباب إبطال البيع صدوره من محجور عليه دون أن تلحقه الإجازة ، فلا بد أن تثبت المحكمة بما إذا كان البيع في هذه الحالة قد أجيز أو بقي دون إجازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري برفع دعوى صحة التعاقد ونفاذه بأن ورثة البائع المحجور عليه قد أجازوا البيع بعد وفاته مما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبي ، فلم يعرض الحكم لهذا الدفاع ، وقضى برفض الدعوى بناء على أن المحجور عليه كان قد توفي في الوقت الذي صدر فيه إذن المجلس الحسبي ، فإن الحكم يكون قاصراً للتسبب متعيناً نقضه (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥).

(١) دعوى صحة ونفاذ عقد البيع تقتضي أن يفصل القاضي في أمر صحة العقد ، وبالتالي فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وتمامه وبصحته أو بطلانه إذ من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً فيحول دون ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ، ولما كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين ردوا على دعوى المطعون عليهما المرفوعة بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لهما بأن أقاموا دعوى فرعية باعتبار هذا العقد مفسوخاً لعدم سداد باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه وكان قضاء محكمة أول درجة بإجابة الطاعنين إلى طلبهم في الدعوى الفرعية يقتضي رفض طلب المطعون عليه الأول في الدعوى الأصلية فإن من شأنه استئناف المطعون عليه الأول لهذا القضاء أن يطرح النزاع بجميع عناصره على المحكمة الاستئنافية في حدود طلباته وإذا طلب المطعون عليه الأول أمام محكمة ثاني درجة إلغاء الحكم المستأنف والقضاء بصحة ونفاذ عقد البيع موضوع الدعوى ، ونعى على الحكم المستأنف بفسخ عقد البيع فإن هذا الطلب يكون قد تضمن حتماً وبطريق اللزم طلب إلغاء الحكم الابتدائي في قضائه بفسخ العقد المذكور .

(جلسة ١٩٧٧/١١/٨ الطعن ١٤٢ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ١١٩٣)

(جلسة ١٩٩٤/٦/٢ الطعن ٧٩٨ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦ الطعن ٥٥٠ لسنة ٦٢ ق)

(٢) أما إذا كان البيع منفسخاً فلا حاجة لرفع دعوى فرعية ، ويكفي دفع الدعوى الأصلية بأن البيع منفسخ ، كذلك يكفي الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته ، فيتعين عندئذ على المحكمة أن تبحث أمر قيام المشتري بالتزاماته حتى يكون له الحق في طلب الحكم بصحة البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع وامتناع البائع عن تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبراً على =

وتتقدم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى^(١).

= البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذي صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن في تسجيل الحكم توسلاً لانتقال الملكية ، فهي بحكم هذا الأساس وتلك الطيات تستلزم قانوناً من القاضي أن يفصل في أمر صحة البيع ، ثم يفصل أيضاً في أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر في هذا الامتناع . وإذا كان من الأعذار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه في العقود التبادلية أن يكون المتعاقد الآخر لم يوف بالتزامه ، فإن هذا يستلزم النظر في أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون أو لا يكون له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان محل هذه الأمور يتحتم أن يتعرض لها القاضي للفصل في الدعوى ، فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيداً بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع دعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد ، إذ استعمال الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفعها صاحبه يكون في صورة دفع في دعوى مرفوعة عليه ، (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٤).

وإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، وجب رفض الدعوى ، لا لأن بيع ملك الغير هنا قابل للإبطال إذ الإبطال من حق المشتري وحده وهو الذي يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفعه للدعوى إجازة للعقد ، ولكن لأن هذا البيع غير نافذ في نقل الملكية للمشتري ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية ، ويستوى في ذلك أن يتدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو لا يتدخل (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - ١٥١ - وانظر في حالة تدخل المالك الحقيقي : نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ ص ١٥٧ - ١٠٤٦).

فيجوز إذن للمالك الحقيقي أن يتدخل في دعوى صحة التعاقد ويدفع الدعوى بأن البائع ليس هو المالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل في الملكية ، بل يجب الفصل في الملكية في الدعوى ذاتها (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٣ ص ١٥٧ - ١٠٤٦) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بأنه يملك العقار بالتقادم الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ٤ ص ١١) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بملكه هو للعقار المبيع ، تعين على المحكمة المنظر أمامها الدعوى الفصل في ذلك ، إذ أن الحكم بصحة التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض رقم ٦ ص ٢٢٦ - ١٦٢٤) . وقد يكون المالك الحقيقي شخصاً صدر له عقد من البائع وسجل قبل إن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب في هذه الحالة رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشتري الذي سجل أولاً حسن النية (نقض مدني ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض رقم ٥ ص ٢٥٧).

(١) غير أنه إذا تسلم المشتري العقار من البائع ، فمن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقادم الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلم المشتري العقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم وذلك بالرغم من تسلم المشتري للعقار؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلم المشتري للعقار قاطعاً لمدة التقادم المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشتري قد تسلم العقار قبل انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع (انظر في هذا المعنى الدكتور محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢٠٠).

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يحل التركة وأن التزام البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع في تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع أن يحتج على المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (١) ، ويجوز لوارث المشتري أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذي قدمناه (٢) .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع عقده لم يسجل ، فللمشتري أن يدفع باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع للبائع (١) ، حتى يتمكن - بعد تسجيل الدعوى

(١) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ - كذلك لا يجوز لدائى تركة البائع أن يتمسكوا ضد المشتري بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل الوفاء بتمهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائى العادى أن يدعى في مواجهة المشتري أى حق على العقار المبيع يتنافى مع تمهده البائع ، ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار أنه كان مملوكاً للمورث وقت وفاته ، خصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩) .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أفرزت المبيع (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ وقد سبق الإشارة إليه . وقضت أيضاً محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لعقار صحة ونفاذ البيع الذي عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ مثل هذه الدعوى التي يقصد منها أن تكون دعوى استحقاق مالا يعتبر في الأصل قابلاً للتجزئة لكل وارث أن يطالب بحصته في المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد المتعاقدين (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٣ ص ٣٩٤) . ولكن يبدو أن للبائع في هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكمله ويتقاضى كل الثمن من التركة . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه يجوز تقرير عدم التجزئة بإرادة المتبايعين ، فإذا اشترى شخص قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى بمقد بيع واحد ، وتمهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية ، وانضخت رغبة البائع في التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء مشتر واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية للتجزئة (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

هذا ويجوز لدائى المشتري رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشتري مدينهم إذا أحمل هذا في رفعها (الأستاذ عبدالمعتم البدرى فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠) .

(١) أ - استناد بائع العقار إلى وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية . مؤداه . انتقالها إلى المشتري منه بعدد ممكن إذا ما سجل الأخير الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له . قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول الدعوى تأمياً على أن المشتري لم يختصم فيها البائع للبائع له . قصور .

(جلسة ١٩٩٨/٣/٨ الطعن ١٥٨١ لسنة ٦٤ ق)

ب - المقصود بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية =

والتأشير بالحكم - أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن يحصل على حكم بصحة التعاقد له هو من البائع (١) .

٢٧٤ مكرر : أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ وتضمن إضافة فقرة ثانية للمادة ٦٥ من قانون المرافعات على النحو التالى : «ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذ أشهرت صحيفتها» .

كما تناول المادة ٦٥ مرافعات بالتعديل بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وقضت فقرتها الأخيرة «بعدم قبول دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها» ، فقد لاحظ المشرع أن أغلب المتعاملين في الحقوق العينية العقارية وخاصة عقود بيع العقارات يحجمون عن تسجيل الحقوق التي تلقوها كما يوجب ذلك قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، واستعاضوا عن ذلك برفع

= إلى المشتري والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ، فالمشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، فإذا كانت الملكية لم تنتقل إلى البائع له لان عقد شرايه لم يسجل وجب على المشتري أن يختصم فى دعواه البائع للبائع له ليطالب الحكم بصحة العقد الصادر منه ولا كانت دعوى المشتري بصحة تعاقدته قبل أن يسجل البائع له عقد شرايه غير مقبولة .

(جلسة ١٩٨٦/١/١٢ الطعن ١٦٨٤ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن ١١٢٩ لسنة ٥١ ق ص ٣٥ ص ٢١٨٢)

(جلسة ١٩٨١/٤/١٤ الطعن ١٠ لسنة ٤٦ ق ص ٣٢ ص ١١٢٢)

(جلسة ١٩٦٩/٤/٣ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٠ ص ٥٧١)

ج - للدائن عملاً بالمادتين ٢٣٥ ، ٢٣٦ من القانون المدنى أن يستعمل حق مدينه باعتباره نائباً عنه ، ومن ثم فإن للمشتري أو المالح إليه من بائع لم تنتقل إليه الملكية لعدم تسجيل عقد شرايه أن يستعمل حق البائع له فى طلب الحكم بصحة ونفاذ هذا العقد .

(جلسة ١٩٨٦/١/٢١ الطعن ارقام ٦٥١ لسنة ٥١ ق، ٣١٥، ٣٣٨ لسنة ٥٣ ق)

(١) نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٩٧ - الأستاذ عبدالمعتم البدرى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ - ٣٦١) . وقضت محكمة النقض بأن المشتري من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصلي بالتوقيع له على عقد بيع صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقد معه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله - هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) - وإذا رفع المشتري الدعوى على كل من البائع والبائع للبائع ، فصل في هذه الدعوى في صحة العقد ، العقد الصادر من بائع البائع للبائع والعقد الصادر من البائع للمشتري ، كما أن كل الحقوق التي كسبها البائع من بائعه تنتقل إلى المشتري منه (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٣٠١) .

دعوى صحة ونفاذ العقود المبرمة بشأن هذه التصرفات مما أدى إلى تزايد عدد القضايا أمام المحاكم ، وأدى اتساع هذا الطريق إلى عدم تسجيل هذه التصرفات مما يترتب عليه ضياع الرسوم الواجبة للدولة بالإضافة إلى ما يشيعه عدم تسجيل هذه التصرفات من زعزعة في أسس الملكية العقارية التي استهدف المشرع بموجب قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تدعيم أركانها وتوفير الاستقرار لها .

فأضاف المشرع فقرة أخيرة للمادة ٦٥ من قانون المرافعات بعدم قبول دعوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية إلا إذا سجلت صحيفتها .

وهذا الحكم اقتضى إضافة نص جديد إلى القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ في شأن رسوم التوثيق والشهر ، برقم ٢٤ مكرراً يوجب على المدعى عند تسجيل صحيفة دعوى التعاقد على حقوق عينية عقارية أو عند شهر طلب عارض أو طلب تدخل أو طلب إثبات اتفاق يتضمن صحة التعاقد على حق من هذه الحقوق أداء أمانة قضائية تورد لخزينة المحكمة المختصة على ذمة شهر الحكم الذي يصدر في الدعوى أو الطلب مقدارها ٢٢٥ من قيمة الرسم النسبي المستحق على شهر الحكم ، وتخصم قيمة هذه الأمانة من الرسم النسبي المستحق عن ذلك الشهر .

وفي حالة القضاء نهائياً برفض الدعوى أو عدم قبولها أو اعتبارها كأن لم تكن أو تركها أو سقوط الخصومة فيها أو في حالة عدم شهر الحكم لتخلف أحد الشروط اللازمة قانوناً لشهره والتي لا تدخل لإرادة طالب الشهر فيها ، يمضى ما تم من شهر ، ويعتبر كأن لم يكن ، وترد الأمانة بغير رسوم .

وأضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فقرة ثانية إلى المادة ١٠٣ من قانون المرافعات ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية ، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابه أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه الاتفاق .

كما أضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ مادة جديدة برقم ١٢٦ مكرراً إلى قانون المرافعات نصها كالآتي : « لا يقبل الطلب العارض أو طلب التدخل إذا كان محله صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهر صحيفة هذا الطلب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذي أثبت فيه » .

٢٧٥ - **دعوى صحة التوقيع** : على أن المشتري قد يكون في يده ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل . وقد قدمنا أن للمشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذي قدمناه . إلا أنه قد يقنع في هذه الحالة بدعوى أكثر يسراً ، ولكنها أقل

شأناً ، وهي دعوى صحة التوقيع . وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات .

فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ، ويكن ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة للدعوى (١) . فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواء ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري . أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأبكر التوقيع أو نسبة إلى سواء ، اتخذت المحكمة الإجراءات التي رسمها قانون الإثبات في المواد ٣٠ - ٤٤ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة (أنظر المواد ٤٥ - ٤٨ من قانون الإثبات) . ومتى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء بإقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الأمضاء ، فإذا سجلاً معاً انتقلت الملكية إلى المشتري (١) .

(١) من المقرر أن الحكم الصادر بصحة التوقيع يقتصر حججه على صحة التوقيع ولا يمتد أثره إلى صحة التزامات الطرفين الناشئة عن العقد وأن عدم توقيع الطاعة على العقد لا يستتبع بطريق اللزوم أن التصرف المثبت فيه لم يصدر منها ، ومن ثم فإن الحكم السابق لا يمنع من نظر دعوى صحة إنعقاد البيع لاختلاف موضوع كل من الدعويتين .

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٧ الطعنان ٣٩٦ لسنة ٥٧ ، ٢٣٩٢ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٢/٨ الطعن ١٥٢٠ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق ص ٣١ ص ٣٦٦)

(١) مع ملاحظة أن يرفع المشتري هذين السندين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتعاملون على رفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيراً ما كانت تستعمل هذه الدعوى للاغتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للآخر عقاراً مملوكاً للغير ، ثم يرفع المشتري على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة توقيعه أو ينسب ، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجده مع عقد البيع العرفي . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون الشهر العقاري دعوى التوقيع من بين الدعوى التي تسجل صحائفها .

ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « وقد كانت الأسباب التي سبق أن سردناها داعية إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستتبع ذلك عدم شهر الأحكام الصادر فيها . وعلى ذلك فقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أقيمت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسر للمدعى فيها تعديل طلبه إلى صحة التعاقد الصادر إليه إن كان جاداً في دعواه (الشهر العقاري علماً وعملاً ص ١٩٢) .

ولما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فإن لا تجوز المناقشة في هذه الدعوى في أمر صحة التعاقد ونفاذه كما هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيما قدمنا (١). فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يطعن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انفسخ أو أن هناك محلاً لفسخه أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب (١)، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع

= وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « كما أن النص (م ١٥) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعاوى صحة التوقيع » . أنظر أيضاً الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

ومهما يكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قد عرفت ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحيفتها، وبعارض مكتب الشهر في تسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشتري . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئاً، بل لابد من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ - وأنظر أيضاً : نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمها سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالمعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٥ ص ٧٣٣ - وأنظر أيضاً استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٦ - ٢٣ سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٠) .

(١) قارن محكمة استئناف أسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩٥ (حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يدفعها البائع بأن المشتري لم يدفع الثمن المستحق) .

(١) أ - دعوى صحة التوقيع يمنع على القاضي فيها التعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحة أو بطلانه ونفاذه . المحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة تسجيل الحكم بصحة التوقيع تسجيل للعقد ذاته ولا يمنع أطرافه من التمسك من بعد ببطلانه .

(جلسة ١٩٩٤/١/١٣ الطعن ٢٩٣٢ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ الطعن ١٠٦ لسنة ٢٠ ق ص ٣ ص ٦٤٠)

(جلسة ١٩٥١/٥/٣ الطعن ٨٨ لسنة ١٩ ق)

ب - دعوى صحة التوقيع ليست إلا دعوى تحفظية شرعت ليطلع من يده سند عرفي على آخر إلى أن الموقع على ذلك السند لن يستطيع بعد صدور الحكم بصحة توقيعه أن ينازع في صحته ويمتنع على القاضي وهذه ماهيتها ، أن يتعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه ونفاذه أو =

بها، ومحل بحثها يكون في دعوى صحة التعاقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البيع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع للبائع بعد ذلك من الطعن فيه بجميع الطعون المتقدمة الذكر في دعوى مستقلة يرفعها على المشتري (١) .

وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشتري في إثبات صحة التوقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٤٤ من قانون الإثبات من أنه «إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة» .

وكما يجوز للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع على البائع، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات . غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع ورقة على ورقة البيع وأنكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة إلا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوع على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٣٧ من قانون الإثبات تنص على أنه «لا يقبل للمضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا: (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية. (٢) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة

= توقفه وتقدير الحقوق المترتبة عليه فالحكم الصادر فيها إلا على التوقيع الموقع به على الورقة . وإذا فمتى كان الحكم المطعون في قد مكن المطعون عليهما من البت أن التاريخ الوارد بعقد البيع يعتبر البيع المقول بصدره من مورثهما في فترة مرض موته إلى أخيها الطاعن غير صحيح ، فإن الطعن عليه بالخطأ في تطبيق القانون استناداً إلى أن تاريخ العقد سبق أن حدده الحكم النهائي الصادر في مواجهة المطعون عليها بصحة توقيع البائع وأنه لم يكن يجوز للمحكمة بعد ذلك أن تصرح له بالطعن فيه يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٥١/٥/٣ الطعن ٢٥٠ لسنة ٢٥ ق ص ١١٠ - ٦٤٠)

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ الطعن ٢٥٠ لسنة ٢٥ ق ص ١١٠ - ٦٤١)

(جلسة ١٩٧٤/١١/١٩ مجموعة أحكام القضاء السنة ٢٥ ص ١٢٥٠)

(جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠ الطعن ٢٥٠ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٧ الطعن ٢٩٦ لسنة ٥٧ ق ، ٢٣٩ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٩٢/٣/١٢ الطعن ٢٥٩٩ لسنة ٥٨ ق)

(١) نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام القضاء رقم ٢ رقم ١٣٦ ص ٨٤٩ - ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام القضاء رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

المقتضى تحقيقها . (٣) خطة أو امضاءه الذى يكتبه أمام القاضى أو البصمة التى يطبعها أمامه . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً استكتابه ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعه إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لوارث المشتري أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذى قدمناه .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشتري أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذى أسلفناه (١) .

ويخلص مما قدمناه أن هناك فروقاً جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تتلخص فيما يأتى :

(١) المطلوب فى دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب فى دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذى تحمله ورقة البيع اعرافية هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع فى دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يطعن فى البيع بالبطالان أو الإبطال أو الفسخ أو الانفساخ أو عدم النفاذ لأى سبب ولا يستطيع ذلك فى دعوى صحة التوقيع (١) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٤ .

(١) أ - دعوى صحة نفاذ العقد هي دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذ واستلزام أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد وبالتالي فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وصحته أو بطلانه ومنها أنه غير جدى أو حصل التنازل عنه اذ من شأن هذه الأسباب لو صحت أن يعتبر العقد غير موجود قانوناً فيحول ذلك دون الحكم بصحته ونفاذه ، ومن ثم فلا صحة لنقول بأن ولاية القاضى فى هذه الدعوى قاصرة على فحص ما إذا كان التصرف فى المال موضوع النزاع قد صدر أم لم يصدر، اذ هى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التى لا تبدو أن تكون دعوى تحفظية الفرض منها تظمين من بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيع أن ينازع فى التوقيع ويمتنع فيها على القاضى أن يتعرض للتصرف المدون فى السند من جهة صحته وعدم صحته ووجوده أو انعدامه وزواله بل يقتصر بحكمه على صحة التوقيع فقط .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧ الطعن ١٧٦١ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٣٦٨)

(جلسة ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ٤٨٦)

ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع فى مأمن من أن يطعن فيه فيما بعد بالطعون المتقدم ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن فى البيع بجميع أوجه الطعن المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى صحة التعاقد، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً فرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى. فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل صحيفتها ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف العقار، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشر به المستوى على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، أصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ فى حق المشتري. أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التى تسجل صحيفتها، وإذا سجلت فليس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاحتجاج بتصرف يصدر من البائع. والمعبرة فيها بصدور حكم بصحة التوقيع وتسجيل الورقة العرفية مع هذا الحكم ، ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ فى حق المشتري أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لعقده مصحوباً بالحكم (١) (١) . فإذا تصرف البائع لمشتري آخر بعد رفع دعوى

= (جلسة ١٩٦٥/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٥٧٧)

(ب) تدخل الطاعن فى دعوى صحة ونفاذ عند البيع المقامه من المطعون ضده الأول باعتباره مشترياً لعين النزاع من ذات البائعة له . تمسكه بصورية عقد البيع موضوع الدعوى صورية مطلقة . وكانت الدعوى بصحة ونفاذ العقد تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته وإن من شأن الصورية لو صحت أن يعتمد العقد لا وجود له لتحول دون الحكم بصحته ونفاذه فإن الحكم المطعون فيه اذ انتهى إلى رفض هذا الدفاع لانتفاء مصلحته فيه بعدم انتقال ملكية المبيع خطأ مقصود .

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٢ الطعن ٦٥٩٧ لسنة ٦٢ ق)

(١) لما كان الفرض من دعوى صحة التوقيع انما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع فإن هذه الدعوى على خلاف دعوى التعاقد لا يفيد تسجيل صحيفتها شيئاً بل لا بد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل اثره فى نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ هذا التسجيل .

(جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ الطعن ١٠٥ لسنة ٢٢ ق)

(١) وقد قضت محكمة النقض فى عهد قانون التسجيل بأن دعوى صحة التعاقد هي دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد ، فتتناول محله ومداه ونفاذه . والحكم الذى يصدر فيها يكون مقررراً لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين بغير حاجة معه إلى الرجوع إلى الورقة التى أثبت فيها التعاقد أولاً . وهى بماهيتها هذه تحت دعوى استحقاق مآلاً ، وتدخل ضمن الدعاوى الوارد ذكرها فى المادة السابقة من قانون التسجيل . أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تحفظية شرعت لتطمئن من بيده سند عرفى على آخر إلى أن الموقع على هذا السند لن يستطيع ، بعد صدور الحكم بصحة

توقيعه، أن ينازع في صحته . وهي ، بالقرض الذي شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها في قانون المرافعات ، يتمتع على القاضي فيها أن يتعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو توقيفه وتقرير الحقوق المترتبة عليه . فالحكم الصادر فيها لا يصعب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة . ولكن كان يجوز تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملحقات المكملة لعقد البيع بشرط أن يكون هذا العقد مستوفياً للبيانات المطلوبة في المادة الثانية من قانون التسجيل ، وبشرط أن تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ ، إلا أن هذا التسجيل لا يعدو أثره الأثر لتسجيل العقد العرفي المصدق من أحد الموظفين أو المأمورين العموميين طبقاً للمادة السادسة من قانون التسجيل على الأمضاءات الموقع بها عليه . ولذلك فإنه ليس لصاحبه به وجه أفصلية إلا من تاريخ التسجيل من غير أن يكون له أثر رجعي مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع . وإذا كان دعوى صحة التوقيع ، وهذه ماهيتها ، لا تدخل ضمن الدعاوى المشار إليها في المادة السابعة المذكورة ، وبالتالي فتسجيل صحيفتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل عرائض تلك الدعاوى (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هي التي تعتبر من دعاوى الاستحقاق المنصوص في المادة السابعة من قانون التسجيل على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرافعها حقوقه ، حتى إذا حكم له فيها بطلباته وتأثر بهذا الحكم وفقاً للقانون ، فإن الحكم ينسحب أثره إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون هذا التسجيل مفضلاً على تسجيل لاحق له . أما دعوى صحة التوقيع فلا تعدو أن تكون دعوى تحفظية العرض منها تطمين من يكون بيده سند عرف إلى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع في التوقيع . وهي بهذا الغرض الذي شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها يتمتع على القاضي فيها أن يتعرض للتصرف المدون في السند من جهة صحته وعدم صحته ، فالحكم الصادر فيها لا يصعب إلا على التوقيع فقط ، ولذلك فهي لا تدخل ضمن دعاوى الاستحقاق السابقة الذكر . والمناط في تكييف الدعوى هل هي تدخل في دعاوى الاستحقاق مآلاً أم هي إجراء تحفظي بحث هو بجوهر المنازعة القائمة بين الطرفين بناء على تشخيص غرض المدعي من دعواه . فإذا كانت الدعوى التي رفعها المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت رافعها في صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفي أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثاني ، وفصلت المحكمة في الدعوى بأن فضلت بين هاتين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعي بما لا يتفق وما كان يرمى إليه المشتري الثاني من تدخله في الدعوى - إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم في منطوقه بالقضاء بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه في الظروف والملابسات التي صدر فيها تدل على أن الغرض الحقيقي في الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير في هذه الحقيقة ، إذ الببرة هي بما رمي إليه الخصوم في دعواهم وبالطريق الذي سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع - سواء كان سندها قانون المرافعات أو قانون التسجيل - لا تعدو أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصداقاً عليه تمهيداً لتسجيله ، فهي وتلك طبيعتها دعوى شخصية لا تندرج ضمن الدعاوى العينية العقارية التي نصت عليها المادة السابقة من القانون المذكور ولا تأخذ حكمها . فالقول بوحدة الأساس القانوني لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التي تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وإن صلح مبرراً للتسوية بينهما في جعل الحكم الصادر فيها أداة صالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما في أثر امتشائي منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦١٦) .

صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذ أمكن ذلك ^(١) ، وسجل المشتري الآخر عقده قبل أن يسجل المشتري الأول عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، فإن المشتري الآخر هو الذي يفضل على المشتري الأول ^(٢) .

من أجل هذه المزية الأخيرة في دعوى صحة التعاقد ، وهي إمكان الاحتجاج بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضاً مزية أن الحكم بصحة التعاقد يصفى جميع أوجه النزاع في شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد في التعامل على دعوى صحة التوقيع ^(٣) ، بالرغم مما في هذه الدعوى الأخيرة من يسر في الإثبات وتجنب للدفع التي رأيناها في دعوى صحة التعاقد ، وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة التوقيع ^(٤) أقل من الرسم النسبي على دعوى صحة التعاقد .

٢٧٦ - البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب البائع وفي جانب المشتري : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية ينشئ البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى في جانب كل من البائع والمشتري ^(١) .

(١) كان هذا ممكناً في عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض في الحكم الملخص في الحاشية السابقة (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، إذ تقول المحكمة في صدد تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل وأثر رجعي مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع .

(٢) ولكن إذا سجل المشتري عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع العقار إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى الفسخ التي رفعها على المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني وقد سبق إلى التسجيل لا يحتج عليه بالحكم الصادر في دعوى الفسخ ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشتري الثاني عقده (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) .

(٣) وهذا في عهد قانون التسجيل ، أما قانون الشهر العقاري فقد قدمنا أنه استبعد صحيفة هذه الدعوى من بين المحررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ (انظر آنفاً نفس هذه الفقرة في الحاشية) .

(٤) الرسم المقرر في دعوى صحة التوقيع هو ستة جنيهات في القضايا الكلية وثلاثة جنيهات في القضايا الجزئية .

(١) من المقرر أن عقد البيع ولو لم يكن مشهر يسبق إلى المشتري - فيما عدا نقل الملكية - جميع الحقوق المتعلقة بالبيع والدعاوى المرتبطة بما في ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطردها القاصب منها .
(جلسة ١٩٩٠/١٢/١١ الطعن ٤٤٧ لسنة ٥٨ ق)
(جلسة ١٩٩٠/٢/١٥ الطعن ١٢٢٨ لسنة ٥٦ ق)
(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٤ الطعن ٩١٢ لسنة ٥٠ ق)
(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن ٧١١ لسنة ٥٢ ق)
(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٧٢٥)

فينشئ في جانب الساع التزاماً بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل ، بتسليم المبيع إلى المشتري (١) . ويجوز للمشتري أن يجبره على تسليم المبيع حتى قبل تسجيل عقد البيع . وإذا تسلم المشتري المبيع ، وهلك في يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (١) . ذلك أن تبعه هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشتري ولا تدور مع انتقال الملكية كما سئى ، فإن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلاً فانتقلت الملكية إلى المشتري ، ويهلك على المشتري بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل فلم يصبح المشتري مالكا .

ويضمن البائع للمشتري ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق (٢) ، كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (٢) . فلا يجوز

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢٧ من ٣٥١ .

(٢) نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ من ١٠٤٩ .

ولكن البائع إذا امتنع عن تسليم العقار للمشتري ، وأظهر نيته في وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشتري عن المطالبة بالتسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموناً عليه أن يبقى حائراً للعقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فإذا بقي البائع حائراً للعقار بنية تملكه خمس عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فإنه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في ضمان التعرض ، ونكتفي هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقي البائع واضعاً يده على العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يعترض على ذلك بأن البائع إنما يكون حائراً للملكة إذا البيع لم يسجل فلا يتصور أن يملكه بالتقادم ، ذلك أن المشتري إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر مملوكاً له - فيما نرى - منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير مملوك له منذ البداية .

(١) إذا كان عقد البيع غير المسجل يولد في ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع والوفاء به يصبح المبيع في حيازة المشتري له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار ، ومتى أحدث المشتري بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقاراً مملوكاً له ملكية مصدرها واقعة البناء بما له على سبيل البقاء والقرار .

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ الطعن ١٣٩٨ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ من ٤٥٣)

(جلسة ١٩٧١/٤/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ من ٤٤٣)

(٢) ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره ، لا يجوز أن يدعيها لنفسه .

(جلسة ١٩٧٣/٥/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ من ٧٢٦)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق من ٣١ من ٣٦٦)

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٩ ق)

للبيع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للعقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ضمن البائع يستطيع أن يحتج بأن المشتري قد قصر في عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وذلك أن سبب التعرض أت من جهة البائع إذ دائنه هو الذي ينفذ على العقار (١) (١)

ويضمن البائع للمشتري أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل ، العيوب الخفية في المبيع . وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذي سنسطه عند الكلام في ضمان العيوب الخفية .

وينشئ البيع غير المسجل في جانب المشتري التزاماً بدفع الثمن والمصروفات والتزاماً بتسليم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع (٢) ، أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات على النحو الذي سنبينه في موضعه .

(١) ولكن يجوز للبائع بعقد غير مسجل أن يطلب تثبيت ملكيته في العقار المبيع ضد من يازعه فيه عدا المشتري ، الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ من ٧٧٦) .

(٢) نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ من ١٤٣ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ من ١٠٤٩ .

(١) أ - للبائع بعقد لم يشهر الحق في طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من يازعه فيه عدا المشتري الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهوراً .

ب - عقد البيع سواء أكان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه في الضمان لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده والتي تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية .

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ الطعن ١٠ لسنة ٢٦ ق من ٢١ من ٦٥٨)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن ٤٧٦ لسنة ٢٩ ق من ٢٦ من ٨٤٤)

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٠ الطعن ٤١٣ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن ٢١٢٩ لسنة ٥١ ق من ٣٥ من ٢١٨٢)

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨ الطعن ١٧٩ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ الطعن ٥٥٧ لسنة ٥٧٦ ق)

٢٧٧ - البيع غير المسجل تترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً : وإلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع في جانب كل من البائع والمشتري ، فإن البيع بوصفه عقد بيع تترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه يكون سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي قبل التقنين المدني الجديد ، وأن البيع الصادر من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . وهذه الآثار جميعاً ، كما تترتب على البيع المسجل ، تترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فإن التسجيل لا يعتد به وجوداً أو عدماً في ترتيب البيع لهذه الآثار .

فالببيع غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من آخر ، ولم يسجل المشتري البيع ، فإن الشفيع يستطيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل ، فإذا صدر إنذار رسمي من البائع أو من المشتري إلى الشفيع (م ٩٤٠ - ٩٤١ مدني) ، وجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بها في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي (م ٩٤٠ مدني) ولو كان هذا البيع لم يسجل . وكذلك يجب على الشفيع ، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة ، في عهد قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم ينسخ المبادئ القانونية العامة ولا شيئاً من أحكام الشفعة ، فعليه فإن حق الشفعة الذي ينشأ من يوم العلم (١) بالبيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما في ذلك من الضرر على المشتري الذي يظل زمناً مهبطاً بالشفعة ، وإذن يسقط حق الشفيع بسكوته مدة خمسة عشر يوماً يوم العلم بالبيع (٢) ، لا من يوم التسجيل (٣) .

(١) في التقنين المدني الجديد من يوم الإنذار الرسمي بالبيع .

(٢) من يوم الإنذار الرسمي بالبيع في التقنين المدني الجديد .

(٣) استئناف مصر الدوائر المجتمعة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ انمامة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ - المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - وانظر أيضاً : نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨ ص ٥٠٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ .

وعني عن البيان أنه إذا وجد نص يجعل الميعاد يسرى من وقت التسجيل ، كما في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨ مدني) ، فإن النص يكون واجب التطبيق في الحالة التي ورد فيها بالذات .

وما يؤكد أن البيع غير المسجل يكون بيعاً بهذا الوصف في الشفعة ، أن الشفيع إذا لم يسجل الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من =

والببيع غير المسجل ، قبل التقنين المدني الجديد ، يصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي (١) . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، ولو كان حسن النية يعتقد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ، فإنه يملكه بالتقادم الخمسي ولو لم يكن البيع مسجلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي لإفادة التملك بالتقادم الخمسي ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً (٢) . ولكن هذا الحكم الذي يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدني الجديد بنص خاص ورد في تحديد السبب الصحيح في

= اشترى الثاني وبالشروط التي اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أي من المشتري الأول أو المشتري الثاني عقد . فالعبرة في الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة ، ثم تلاءم بيع ثان غير مسجل أيضاً هو الذي يأخذ فيه الشفيع بالشفعة . وليس للشفيع أن يعترض بعدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه في الأخذ بالشفعة لا يزال باقياً في هذا البيع ما دام لم يسجل ، فإن هذا البيع الأول قد نسخ به البيع الثاني ولو لم يسجل البيعان (انظر المادة ٩٣٨ مدني) ونقول : إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم بعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها .

هذا وإذا كان غير ضروري أن يسجل بيع العقار المشفوع به للأخذ بالشفعة ، فمن الضروري تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فإن الشفيع لا بد أن يكون مالئاً للعقار المشفوع به حتى يستطيع الأخذ بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه ، وسرى فيما بعد - انظر فقرة ٢٨٤ - أن الشفيع إذا كان يشفع بعقار لم يكن قد سجل سنده قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعي للتسجيل يجعل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والفقه لا يأخذان بالأثر الرجعي للتسجيل على ما سبق ، ومن ثم فلا يأخذ بالشفعة عندهما لا يجوز في هذه الحالة (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٤٠) .

(١) قارن استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١٥٧ رقم ٢٩٢ . ونقول محكمة النقض في هذا الحكم : « قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقهاً وقضاً أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي ، اعتباراً بأن المالك الحقيقي لا يمكن اعتباره غيراً بالمعنى المقصود لهذا النص في باب تسجيل العقود الناقلة للملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التي تتم بالإيجاب والقبول وإن تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه ركن ضروري في وجودها القانوني ، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقود ، ولذلك لم يبلغ من أحكام القانون المدني إلا ما كان من مواده خاصاً بذلك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيقي عاقداً لواضع اليد ولا غيراً ممن لهم حقوق عينية على العقار الموضوع اليد عليه ، فلا هو تلقى من النافع حقاً عينياً على العقار كان لا يتلقاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح في حبه ، ولا هو في حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره عن طريق التسجيل ، لأن انتزاع العين به ووضع العير يده عليها واستمراره -

ب - حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ - البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل : وغني عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل ، وهي الآثار التي تفصيلاً أهمها فيما قدمناه ، تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ^(١) ، منشئاً للالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . ويستطيع المشتري بعد تسجيل البيع ، كما كان يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يطالب المشتري بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ في البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، ويصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدني الجديد هو الذي يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيما قدمناه ، ويبيع ملك الغير يبقى قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

٢٧٩ - ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلاً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير : ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل ^(٢) ، متى كان العقار وقت البيع مملوكاً للبائع ، إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو سجل .

وتنتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين ^(٣) وبالنسبة إلى الغير ^(٤) ، ويحدد الغير على النحو الذي كان يحدد به في التقنين المدني السابق فيما قدمناه .

(١) فإذا صححت حدود العقار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذي لم تصحح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن التعاقد على تصحيح حدود العقار المبيع ورقمه هو تعديل للمبيع في جوهره ، حكمه حكم العقد الأصلي نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتترتب عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذي يسحب تسجيل عقد البيع على عقد التصحيح المحرر بعده ويجعل أساس الأسبقية في التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون محطاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨١ ص ٧١٢) .

(٢) وكذلك الحلف العام والدائن إذا لم يسجل تنبيه نزع الملكية قبل تسجيل المشتري للبيع (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٩٣٦) .

(٣) وقد لا تظهر لأول وهلة أهمية عملية من تحديد الغير ، ما دام لا يوجد محل للتمييز بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في جميع الأحوال ، وهذا على خلاف عهد التقنين المدني السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل بالنسبة إلى الغير ولكن الأهمية العملية للتمييز ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود إلى الظهور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعي إلى وقت البيع ، أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . وسنعود فيما يلي إلى هذه المسألة .

(١) أ - إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية -

التقادم الخمسي ، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدني على ما يأتي : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون (١) » .

والبيع غير المسجل لا يؤثر عدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال . فقد قدمنا عند الكلام في بيع ملك غير أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، قبل أن يسجل وبعد التسجيل . فالبيع قبل أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ، فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأخذ حكم هذا البيع وهو القابلية للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ مدني ، كما رأينا ، على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » ^(٢) .

= على ذلك خمس سنوات أبلغ في الإعذار إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفتر التسجيل . انظر عكس ذلك : استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الحامية ١٧ قم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مخطوط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ١٥٠ - وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٦ - ٣٧٧ .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد أن المشروع أثر هذه الحل حتى يمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقاري (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٦ ص ٤٩٨) . فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت بالنص على خلاف القواعد العامة للوفاء بغرض معين (انظر عكس ذلك الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧) .

(٢) وقد نصت المادة ٣٣٦ من نقتين العقوبات على عقوبة النصب لكل من توصل إلى الاستيلاء على نقود إلخ . إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له وسجل البيع ، ثم باعه مرة أخرى ، اعتبر مرتكباً جريمة النصب ولو أن البيع الثاني لم يسجل ، لأن البيع غير المسجل يعتبر مع ذلك تصرفاً ، فيكون البائع قد تصرف بالبيع الثاني غير المسجل في عقار خرج عن ملكيته بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثاني ، فإن البائع يكون قد تصرف في عقار مملوك له ، إذ وقت صدور البيع الثاني لم يكن البيع الأول قد سجل فلم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن إذا أوهم البائع المشتري الثاني بطرق احتيالية أنه لم يتصرف في العقار ، ثم سجل المشتري الأول قبل أن يسجل المشتري الثاني ، كان هذا نصيباً بطرق احتيالية وكان الخنثى عليه فيه هو المشتري الثاني (انظر في كل ذلك نقض جنائي ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٥ ص ٢٦٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر الجنائية ٣ رقم ١٦٠ ص ٢٠٩) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف في العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشتري الأول عقده ، اعتبر متصرفاً فيما لا يملك ، وكان هذا نصيباً الخنثى عليه فيه هو المشتري الثاني (نقض جنائي ١٥ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٧ ص ٤٥) . انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ .

ويرتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التي تترتب على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشتري حق التصرف في العقار المبيع باعتباره مالكا له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل التسجيل . (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغطية المشتري باعتباره قد أصبح مالكا له ، دون أن يزاحمه فيه دائر البائع . أما تحمل تبعة هلاك المبيع فقد قدمنا أنها تنتقل مع تسليم المبيع إلى المشتري ، لا مع انتقال الملكية إليه . (٢)

ويرتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأيهما سبق إلى التسجيل كان هو المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين البائع فحسب (١) ، بل أيضاً

= القدر المبيع لو كان مسجلاً إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً .

(جلسة ١٩٦٥/٥/٢٧ الطعن ٤٤٠ لسنة ٣٠ ق س ١٦ ص ٦٥٥)

ب - إذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية للأسباب الساتفة التي أوردتها ، فإنه لا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أي أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفى وصية .

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ١٧٧٤)

(١) إذا البائع قد تصرف في العقار المبيع إلى مشتر فإن وأقام كل من المشتريين دعوى بطلب صحة التعاقد عن البيع الصادر له وسجلت الصحيفةتان في يوم واحد وساعة واحدة ثم سجل كل منهما حكم صحة التعاقد الصادر له فإن السابق واللاحق في التسجيل يمتين حتماً بأسبقية الرقم في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد إذ إن الشارع قد عني بوضع نظام لطلبات تسجيل المحررات ولم يترك الأمر فيه لحض الصدفة نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر في المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد ذلك أنه بمقتضى القانونين رقمي ١٨ ، ١٩ لسنة ١٩٢٣ لا تنتقل الملكية من البائع للمشتري إلا بتسجيل التصرف المنشئ للملكية - وهو عقد البيع - فإذا لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى يقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ، كما أن تسجيل حكم بالثبات التعاقد يحدث نفس الأثر الذي يحدثه تسجيل عقد البيع باعتبار أن الحكم بالثبات التعاقد إنما هو تنفيذ عيني لالتزام البائع بنقل الملكية وتسجيل صحيفة تلك الدعوى باعتبارهما منظومة تحت دعوى الاستحقاق الوارد ذكرها بالمادة السابعة من قانون التسجيل يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله بحيث أنه متى حكم له بطلباته فإن الحق الذي قرره ينسحب إلى يوم تسجيل العريضة - إذا كان قد تأثر بهذا الحكم طبقاً للقانون - دون أن يتأثر بما يصدر بعد ذلك من البائع من تصرفات .

(جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ الطعن ٢١٤ لسنة ٢٤ ق س ٩ ص ٤٩٤)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩ .

(٢) أنظر في كل ذلك آنفاً فقرة ٢٣٩ .

بالنسبة إلى الغير وهو المشتري الآخر الذي تأخر عنه في التسجيل . وينبني على ذلك أن إذا باع المالك عقاره لمشتري لم يسجل ، وباع المشتري العقار لمشتري ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده (١) ، فإن الملكية لا تنتقل من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، لأن المشتري الأول نفسه لم تنتقل إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده (١) . فإذا باع البائع العقار لمشتري آخر ، وسجل هذا المشتري الآخر عقده ، فإن الملكية تنتقل من البائع وقد ظل مالكا للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشتري الأول ، إلى المشتري الآخر ، فيفضل هذا المشتري الآخر على المشتري الثاني الذي سجل عقده أولاً . وكان الحكم في عهد التقنين المدني السابق يختلف ، فقد كانت المادة ٧٤٦/٦١٩ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متواليين يكفي بتسجيل العقد الأخير منها . فكان المشتري الثاني الذي سجل أولاً تنتقل إليه الملكية إذ يكفي بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشتري الآخر الذي سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الثاني (٢) (٢) .

(١) نفرض جدلاً أن المشتري الثاني يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه في الواقع لا يستطيع إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له (أي المشتري الأول) مسجلاً ، وقد قدمنا أن المشتري الأول لم يسجل عقد شرائه . وفي هذا الصدد تنص المادة ٢٣ من قانون الشهر على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بالثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التي سبق شهرها

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٧٥ ص ٢٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٥ - الأستاذ عبدالنعم البدراوي فقرة ٢٢٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٢٨ هامش ١ .

(١) حق ملكية العقار المبيع لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ، ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تحول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري نصاً يقضي بأنه لا يقبل فيما يتعلق بالثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التي سبق شهرها ، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره ، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا إذ غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده .

(جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٥٤)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ٣٦٦)

(٢) من المقرر أن عقد البيع العرفي لا ينتقل إلى المشتري ملكية العقار للمبايع إلا بالتسجيل ، فإذا لم يسجل المشتري عقد شرائه بقي العقار على ملك البائع ، ويكون له أن يبيعه لمشتري آخر ، إلا أنه في هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الأولي والبيع الثاني ، وذلك بسبب تعادل سندات المشتريين ومن مقتضى ذلك أنه إذا تسلم أحدهما العقار من البائع تنفيذا للالتزامات الشخصية التي =

يبقى بعد ذلك أن نبحث : أولاً - في انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أنتقل من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعي من وقت البيع ؟ ثانياً - في انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده قبل المشتري الآخر ؟

٢٨٠ - أولاً - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل أثر رجعي : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فإذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هي تنتقل من وقت التسجيل ، أو يستند انتقالها بأثر رجعي إلى وقت البيع فيعتبر المشتري بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لانتقالها أثر رجعي يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص (١) . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً يستند إلى وقت البيع .

فنستعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه .

٢٨١ - الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - ليس للتسجيل أثر رجعي : يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفقهاء فى مصر (١) ، إلى نصوص القانون

= يرتبها العقد بينها لا يجوز معه نزع الملكية من تحت يده وتسليمها للمشتري الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك .

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن ٢٦٨٧ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن ١٤١٠ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٧ السنة ٣٤ ص ٧٠٣)

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد ذكى فقرة ٢٧٠ - فقرة ٢٧٢ الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٦ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٨ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٩٩ - الأستاذ عبدالمنعم البدر أوى فقرة ٢٠٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧١ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ٨٩ - ص ٩٠ .

(١) إذا ما تعدد المشترون فإن مناط المفاضلة بسبب أسبقية التسجيل هو أن يكون المتصرف واحد ومحل التصرف بالبيع إلى هؤلاء المشتريين عقاراً واحداً ، ويشترط لكي يحقق تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد الأفضلية منذ تاريخ حصوله أن يكون المبيع المبين فى هذه الصحيفة هو بعينه الذى كان محلاً للبيع وهو بداته أيضاً الذى تعلق به اتمام اجراءات تسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى أو التأشير به على هامش الصحيفة لأن أساس اجراء المفاضلة هو اتحاد العقار فى كل من التصرف وإشهار التصرف اتحاداً مستمداً من الواقع على الطبيعة .

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٣ الطعن ١١٨٦ لسنة ٥٧ ق)

والى الغرض الذى توجاهه المشرع من نظام التسجيل الجديد وإلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فيستخلص من كل ذلك الحجج الآتية :

أولاً : نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقر فى وضوح أن عقد البيع يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة الأولى منه على أن «جميع العقود الصادرة بين الأحياء .. والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله .. يجب إشهارها بواسطة تسجيلها .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل .. لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم» . وهذا قانون تنظيم الشهر العقارى تنص المادة التاسعة منه أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله .. يجب شهرها بطريق التسجيل .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل .. لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم» . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد بالنسبة إلى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . ولم يقل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية . وأنه يجعل لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً ، فلا تجوز مخالفة نصوص التشريع الواضحة فى هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، فى أحد المواطن ، أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً ، صرح بذلك فى غير لبس . نص قانون التسجيل ، فى خصوص تسجيل الدعاوى ، فى المادة الثانية عشرة منه على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها» . ونص قانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد أيضاً ، فى المادة السابعة عشرة منه ، على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها» . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً فيما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين ، لما سكت عن ذلك ، ولنص عليه فى الصراحة التى نص بها على الأثر الرجعى فى خصوص الدعاوى .

ثانياً - ولما يقطع فى أن نية المشرع فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فيستوى الجميع فى كيفية انتقال الملكية وفى وقت انتقالها ، ما جاء فى المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتى

: «فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانونى يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات فى وجه غير المتعاقدين .
فيتحتم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء» (١) وورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : «أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة) فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أى تعديل فى نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف الواجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التى من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق العنى فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل» (٢).

ثالثاً : إن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الغرض الأساسى الذى توخاه المشرع بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقرراً فى التقنين المدنى السابق . فقد قصد المشرع فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، توطيداً لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعاً للشهر والعلائية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفى هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم ما دامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلاً حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر . ولو قلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لانتسخت أمام المشتري أسباب التراخى فى تسجيل عقده ، ما دام موقناً إنه مهما أبطأ فى هذا التسجيل فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، فيستوى عنده إذن أن يسرع فى التسجيل أو أن يبطئ ما دامت النتيجة واحدة فى الحالتين .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فقرة ١٧ وتستمر المذكرة الإيضاحية فى نفس الفقرة فتقول : «فقضى عقد البيع مثلاً للمشتري العقار الحق فى تسلمه وفى الحصول على ريع وتمراه طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك لهذا المشتري الحق فى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً عيياً ، فإذا امتنع أو تأخر جاز للمشتري أن يحصل فى مواجهته على حكم بإلزام عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل» .

رابعاً : إن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل فى تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفى هذا شذوذ أراد المشرع فى كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يحلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً - قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجعى فى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك .

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد فى قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل بمثابة شرط توقيفى ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكاً إلا من يوم تسجيل عقده شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون فى هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : «وبما أن ما تقول به الطاعنة من أن تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط توقيفى لانتقال الملكية إذا ما حقق انسحب أثره إلى الماضى هو قول خاطئ ، فإن حقيقة ما رعى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيفى لو وقع يكون له أثر رجعى يجعل التصرف ناقلاً للملكية من يوم تاريخه العرفى أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عنها فى المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدنى (القديم) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب بحكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من العقود والالتزامات التى لم تشهر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التى تتكشف به هذه الحكمة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقارى الذى يعقده المشتري لعين قبل تسجيل عقد شرائه إياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف عيناً فى ملك الراهن . وحق الاختصاص هو مثيل الرهن العقارى ، ويجب أن ينصب على ما هو فى ملك المدين ملكاً واقعياً على مقتضى أحكام قانون التسجيل» (١).

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى الماضى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدنى (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما

(١) نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٤ من ٤٩٧ .

قبله فلا، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر. وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والعقود، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلها مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية، لأن هذا النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي. على أن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع في وضع قانون التسجيل. فالحكم الذي يقضى برفض دعوى الشفعة، بناء على أن الشفع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل. وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي: «وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضي، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين. أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقيق شرطه، أما قبله فلا. ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر. غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذا يعلقان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف، فقدرا أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية. وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط، ولا مبرر لها في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق. وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التعهدات والعقود، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب. وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلها مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل، فلا انسحاب لأثره على الماضي. وبهذا أنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل. ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون. ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل، في حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤه في المستقبل».

(١) نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥.

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله، ولا يترد إلى تاريخ سابق عليه. فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معلقاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية، حتى إذا ما تحقق الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين. أما حيث =

٢٨٢ - الرأي المعارض - للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين - ملاحظات مبدئية: ونحن نؤثر الرأي المعارض، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذي يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصنعة القانونية^(١).

ونتقدم قبل إيراد الحجج التي نستند إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف: الملاحظة الأولى - لا شك في أن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل، وذلك يرجع إلى طبيعة التسجيل والمهمة التي يقوم بها. فهذه المهمة هي إعلام الناس بوقوع تصرف قانوني، فبديهي ألا يسرى هذا التصرف في حق الناس ممن يعينهم الأمر - وهؤلاء هم الغير - إلا من وقت التمكن من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل، أي من وقت التسجيل^(٢).

والملاحظة الثانية - إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف في نقل الملكية

يكون للقانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي. فإذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلي والشرقي مثلاً)، بمقولة أن تسجيل الشفع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يرتد أثره إلى تاريخ العقد، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨).

وقضت محكمة النقض كذلك بأن الأصل أن أثر التسجيل في نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه حق الملكية أو أي حق عيني آخر، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي. ولا يحجج على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل، لأنها إذا أجازت تسجيل صحائف الدعوى ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم انسحاب أثر التأشير إلى تاريخ تسجيل الصحيفة، فإنما أجازته على سبيل الاستثناء لحماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار. وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه. وإذن فإذا كان الحكم، وهو في صدد المفاضلة بين أي المالكين أرض الشفع أو أرض المشتري تعود عليه منفعة أكثر، أسقط اعتبار الشفع مالكا لجزء من الأطنان التي يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد عنها لاحق لعقد المشتري الذي تولد عنه حق الشفعة، فإنه لم يحط في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - أنظر أيضاً: نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ - عكس ذلك: محكمة الاسكندرية الوطنية استئناف ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٦٩ ص ١٨).

(١) وقد أشرونا إلى تأييدنا لهذا الرأي في كتابها عقد الإيجار فقرة ٤٨٠. وأول من قال بهذا الرأي الأستاذ عبدالسلام ذهني (الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ - مقاله في المحاماة ٦ ص ٦٠٦ - ٦٠٧).

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد، ولكن انتقال الملكية لا يسرى في حق الغير إلا من وقت التسجيل. فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقاً، وتراجيح إلى وقت التسجيل في حق الغير هو عدم نفاذ لا عدم انتقال.

فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعي للتسجيل شرط واقف في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعي للتسجيل استناداً خاطئاً . وقد كانت محكمة النقض موقفة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط الواقف لا يكون إلا في منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً ، فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي (١) .

والملاحظة الثالثة - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ أن تقرير الأثر الرجعي وأنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التي تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعي ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استساغة من إنكار هذا الأثر في بعض المسائل ، وفي مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفي هذه المسائل وحدها تبرز أهميته العملية .

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتي بأمثلة القول فيها بالأثر الرجعي هو أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتي بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

٢٨٣ - القول بالأثر الرجعي أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعي وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعي يكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية .

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني على ما يأتي : «وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره» . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماؤه يكون من وقت تمام البيع - لا من وقت تمام التسجيل - للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضاً . ويقول الفقه في تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع وملحقاته ، والثمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع . وفي هذا التعليل توسيع لفكرة «ملحقات المبيع» أكثر مما تختمله طبيعة الملحقات . فملحقات الشيء ليست جزءاً منه يتولد عنه كالثمر والنماء . بل هو شيء مستقل عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقاتاً به . وقد حددت المادة ٤٣٢

(١) أنظر في الشرط أمر عارض ، وفي أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط إنما يرجع إلى النية المحتملة للمتعاقدين ، ولو أنهما كانا عند التعاقد يعرفان مآل الشرط لما علقا العقد عليه ولجاء عقداً بسيطاً سحراً الوسيط جزء ٣ فقرة ١٥ - فقرة ١٦ وفقرة ٤٢ ص ٦٥ .

مدني ملحقات المبيع على الوجه الآتي : «يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» . فتملك المشتري ثمر المبيع من وقت تمام البيع ، على أساس أن هذا الثمر ملحق بالشيء المبيع فيكون واجب التسليم للمشتري ، لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو في الوقت ذاته لا يفسر كيف يكون على المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا لا دخل لها . والذي يستقيم ويكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية أن نقول إن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ، وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢) . وهذا التأصيل يقتضي القول بالأثر الرجعي للتسجيل ، فإذا سجل المشتري البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل ، ولكن من وقت تمام العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

(٢) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه ، فمن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ، حتى لو سجل عقد شرائه بعد التصرف . ومن يقر الأثر الرجعي يعتبره قد تصرف فيما يملك ، ما دام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف والرأي الثاني يصل في نتيجته العملية إلى ما يصل إليه الرأي الأول ، وهو أكثر استساغة من الناحية القانونية . وبين ذلك في الفرض الآتي : أ اشترى عقاراً في أول يناير ولم يسجل عقد شرائه . وفي ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه في اليوم نفسه (٣) . وفي ٣٠ يناير سجل أ عقد شرائه . فعلياً في هذا الفرض

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكية العقار الذي يغلها ، كما هو الأمر في عقد الإيجار فإن المستأجر يملك الثمار دون العين ذاتها (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٩٩ ص ١٥٩) . ذلك أن الثمار في عقد الإيجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها بالذات لتملكها ، بخلاف ثمر المبيع فملكته تنتقل تبعاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية إلى المشتري ، لا بأن الثمار من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل يعد قانون التسجيل من عقود التراضي ، ولذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يبقى المشتري ملزماً بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التي تربت بينهما على التقابل بمجرد حصول البيع . كما أنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه ، أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعي لنفسه . ومقتضى ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشتري بتسليم المبيع وبغضه إن لم يتم بتسديدها فالحكم الذي لا يعطى المشتري الحق في ربح الشيء المبيع عن المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حكماً خاطئاً متعينا نقضه (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠) .

(٣) كان ب يتمكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل أ عقده . ثم صدر قرار وزاري في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضي بعدم جواز تسجيل العقد إلا بعد تسجيل العقود الأصلية السابقة التي تكون مؤرخة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتي تكون واجبة التسجيل وفقاً لأحكام قانون التسجيل . وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤكداً لهذا الحكم ، فصت المادة ٢٣ منه على أنه «لا يقبل من -

أن نوازن بين الرأي الذي ينكر الأثر الرجعي والرأي الذي يقر هذا الأثر . فعلى الرأي الأول يكون أ باع في ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له ، إذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه . ولما سجله في ٣٠ يناير ، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعي . ولكنه ، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذي باعه قبل أن يملكه ، يكون قد صحح البيع الذي صدر منه ، فأصبح ب مالكا للعقار ، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذي أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب . وعلى الرأي الثاني الذي يقر الأثر الرجعي ، يكون أ بتسجيله عقد شرائه في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعي يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع ، ويكون في ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب في نفس اليوم بتسجيل ب لعقد شرائه . فعلى الرأيين إذن يصح عقد البيع الصادر من أ إلى ب ، وتنتقل به الملكية من الأول إلى الثاني . ولكن الملكية تنتقل إلى ب في ٣٠ يناير بحسب الرأي الذي ينكر الأثر الرجعي ، وتنتقل في ١٥ يناير أى في اليوم نفسه الذي صدر فيه البيع إلى ب بحسب الرأي الذي يقر الأثر الرجعي (١) .

(٣) إذا أحدث البائع بناء في الأرض المباعة قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ثم سجل المشتري العقد ، فإذا أنكرنا الأثر الرجعي ولم تنتقل الملكية إلى المشتري إلا من وقت التسجيل ، كان البائع بانياً في أرض يملكها وقت أن بنى . وإذا قلنا بالأثر الرجعي وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت البيع ، كان البائع بانياً في أرض لا يملكها فيعامل معاملة الباني بسوء نية في أرض غيره . وهذا الحل الثاني هو الذي اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء مع ذلك لم يؤسسه على فكرة الأثر الرجعي للتسجيل وكان تأسيسه على هذه الفكرة أكثر استساعة من الناحية القانونية . فقد قالت محكمة استئناف مصر : « إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم فيعتبر كأنه أقامة في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله ، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعاقد بالمبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانوني من وقت التعاقد . ومن حيث

أنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التعاقد عن كل ما يزيد أو ينقص في المبيع - وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التعاقد المذكور . ومن حيث أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدني ، وعلى المشتري الذي يقبل المبيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التي رسمها القانون فيما يحتص بالفراش أو البناء في أرض الغير (١) . وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التي هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينما المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعهده المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، يفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث غراساً أو بناء في ملك غيره (٢) . ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي هنا أفضل ، من ناحية الصناعة القانونية ، من إنكار هذا الأثر . فإنا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالآلا يحدث تغييراً في العين المباعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في الإلزام في الأرض المباعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فيهدم البناء ويأخذ أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء (٣) . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً بسوء نية في

(١) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

(٢) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٠١ .

(٣) ويخطو الأستاذ حلمي بهجت بدوى خطوة أقرب إلى النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يسلم بأن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدي إليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بالآلا يحدث تغييرات في العين فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء في العقار المبيع ، فللمشتري الحق في أن يطلب منه إزالته على مصاريفه ، لا تطبيقاً للمادة ٦٥ مدني (قديم) ، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة في مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاضاً ، وقد يكون من مصلحة المشتري استبقاء البناء على أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه ، وهو في أى صورة لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم . فإذا امتنع البائع رغم ذلك وأصر على هدم البناء ، وقد يعثر هذا الإصرار من جاسه تعنتاً وتعسفاً في استعمال حقه في إزالة البناء . وفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشتري على أساس الالتصاق على أن يقدر التعويض الواجب دفعه بعد ذلك (مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١) .

= المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التي سبق شهرها (٢) المحررات التي تتضمن تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ثم قبل العمل بأحكام هذا القانون . (٣) المحررات التي ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو عثم لإنسان توفي . (٤) المحررات التي تحمل تاريخاً سابقاً على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون في محررات تم شهرها أو نقل التكليف بمقتضاها لمن صدرت لصالحه .

(١) والأخذ بالأثر الرجعي هنا أكثر استساعة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل معه دون أن يضر أحداً . فإذا فرض أن ب رهن العقار في المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ، كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأي الذي يقر الأثر الرجعي ، وكان باطلاً وفقاً للتقنين المدني السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب الرأي الذي ينكر الأثر الرجعي .

أرض غيره، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء في الأرض مقابل قيمة مستحق الهدم (١).

والواقع من الأمر أننا نواجه في الأمثلة التي قدمناها الموقف الآتي : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، ولكنه قد حصل فعلاً على المزايا التي كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت ، ويستطيع أن يتصرف في المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبنى في الأرض المبيعة ولا اعتبر بانياً في أرض غيره . ونريد أن نعلل هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر (٢) ، تلجأ إلى تعليقات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب في جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالأثر الرجعي ، ليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

٢٨٤ - القول بالأثر الرجعي هو وحده القول الحق : ونسوق في هذا الصدد الأمثلة الآتية :

(١) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم سجل (٣) . فإذا قلنا بالأثر الرجعي ، اعتبر المشتري مالكاً من وقت البيع ، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليس دون أن يزاحمه الدائنون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن التسجيل لا ينتقل الملكية إلا من وقت إجرائه أي بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشتري دائناً شخصياً يزاحمه سائر دائني البائع المفلس في ثمن العقار المبيع . ولا نتردد في إظهار الحل الأول ، إذا ثبت أن البيع الذي صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لا شائبة فيه من تواطؤ أو غش .

(١) وإذا فرضنا أن المشتري هو الذي أقام البناء على الأرض المبيعة بعد أن تسلمها وقبل أن يسجل ، وسبقه إلى التسجيل مشتركان انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل ، فالواجب في هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة الباني في أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له . فهو في الواقع من الأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصح مالكاً - يحق له أن يتصرف في المبيع ، بالنسبة إلى البائع ، كما لو كان مالكاً .

(٢) ولعل هذا يمين على توضيح القاعدة التي تقضي بتحميل ثبوت الهلاك للمشتري بعد القبض ولو قبل التسجيل ، فإن المشتري لا يكون مالكاً للمبيع في هذه الحالة لأنه لم يسجل عقده ، ومع ذلك يتحمل ثبوت هلاكه لأنه يكون بالنسبة إلى البائع في حكم المالك .

(٣) ليس في التقنين التجاري ما يمنع المشتري من التسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والممنوع هو قيد حقوق الامتياز والرهن (٢/٥٨٩ تجاري جديد) . ومع ذلك فإن نقض مدني ٢٠ سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ .

ومثل الإفلاس الإعسار ، فإذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (١) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعي واعتبر المشتري مالكاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون .

وكان الأمر كذلك ، في ظل العمل قبل تقنين المرافعات الأسبق ، في مشتري العقار من المدين قبل تسجيل الدائن لتبنيه نزع الملكية . فإذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تبنيه نزع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشتري عقد شرائه ، اعتبر مالكاً من وقت البيع أي قبل تبنيه نزع الملكية ، فيخلص العقار للمشتري ولا يجوز للدائن السير في إجراءات التنفيذ (٢) . ولكن تقتين المرافعات السابق أي بنص خاص في هذه المسألة جعل الدائن العادي معتبراً من الغير منذ تسجيل تبنيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التبنيه (٣) .

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركه البائع معسرة . فإذا قلنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، اعتبر المشتري مالكاً من وقت البيع ، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فالتسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معسرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري وزاحمه في ثمنه دائنو التركة (٤) .

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع في أول يناير ، ورهن المشتري العقار رهناً رسمياً في ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن في اليوم ذاته ، ثم سجل

(١) أنظر م ٢٥٧ مدني .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تسجيل التبنيه بنزع الملكية لا ينشئ للدائن العادي نزع الملكية حقاً عينياً على العقار يجوز له التمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التبنيه ، وكل ما في الأمر أن يصبح في هذه من الغير الذين لا يحتاج عليهم بالعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتاً قبل تاريخ تسجيل التبنيه : أنظر نقض مدني ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٣ ص ١٦٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الحميد أبو هيف في التنفيذ فقرة ٧٠٢ - أنظر عكس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمي في التنفيذ فقرة ٣٤٦ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٠٩ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

(٣) وهذا النص هو المادة ٤٠٥ مرافعات ، وتجري على الوجه الآتي : ولا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العيني في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٤١٧ ولا الراسي عليه المزايا ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تبنيه نزع الملكية . أنظر الأستاذ رمزي سيف في التنفيذ طبعة ثالثة فقرة ٣٨٣ ص ٣٣٣ .

(٤) وفي الفرض الذي يموت فيه البائع عن تركه موسرة قبل أن يسجل المشتري ، ثم يسجل ، تؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة الورثة - وليس من الغير - من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل . وهذا القول أكثر استساغة من القول بأنه الالتزام بنقل الملكية يبقى في التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية في التركة تفصله فكرة الأثر الرجعي ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يتفق مع مبادئ الفقه الإسلامي التي تقضي بأن الورثة لا تنتقل إليهم الديون .

المشتري البيع في ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، وجب القول بأن المشتري عندما سجل في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً ويأخذ مرتبته من يوم قيده أي من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشتري لم يصبح مالكا للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إجراء التسجيل ، فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على أنه إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن . و يترتب على ذلك أن الرهن في المثل الذي قدمناه لا يترتب على العقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذي أصبح فيه العقار مملوكاً للمشتري الراهن ، ويأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل . و يترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشتري قبل أن يسجل عقده رهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده في ٢٠ يناير ، فإن اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته في ١٥ يناير وفقاً للقول بالأثر الرجعي ، لأخذ الرهن الثاني مرتبته في ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن الرهن الثاني يأخذ مرتبته في ٣٠ يناير كالرهن الأول ، ويتعادل الرهنان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعي لأنه أكثر انطباقاً على طبائع العلاقات القانونية التي نحن بصدد حلها (١) .

(٤) نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وهذا ما فعلته محكمة النقض (٢) - فإن المشتري لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

(١) قارن محكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٤ من ٤٩٧ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأي ، وأبطلت حق اختصاص قيد على عقار لمشتري قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ثم سجل المشتري العقد بعد ذلك وتصرف في العقار ، فاعتدت المحكمة بهذا التصرف الأخير ولم تعد بحق الاختصاص ، مع أن المشتري من المشتري كان يستطيع أن يكون على علم بحق الاختصاص المقيد لولا خطأ قلم الكتاب . أنظر أيضاً في المعنى الذي قضت به محكمة النقض محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢٥٤ .

(٢) في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ من ٢٥٥ - وأنظر أيضاً: نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ من ٤٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ من ١٤٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ من ٣٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ من ٥٣٠ .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة . ولو قلنا بالرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به ، فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه (١) . ولا شك في أنه بين المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو الباقي مجاوراً للعقار وهو الأولي بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قيل إن الشفعة في هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتتهيأ الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصاً باع داراً ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل لكانت ملكية الدار منتقلة إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ، فلا يسرى الإيجار في حق المشتري تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني التي تجرى على الوجه الآتي : «إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختصاراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية» . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا وقت إجراء التسجيل أي في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي هنا ، فلا يكون الإيجار في المثل المتقدم سارياً في حق المشتري ، وهذا هو الرأي الذي أخذنا به في عهد التقنين المدني للسابق (٢) .

(١) وقد قيل بهذا فعلاً (أنظر الأستاذ عمر أبو شادي في شهر الحقوق العقارية ص ١٤٦) .

(٢) عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٤٨٠ - وكانت المادة ٤٧٤/٣٨٩ من التقنين المدني تجعل البيع السابق - لا نقل الملكية - هو الذي يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذ ذاك ما يأتي : «ولا نرى أن قانون التسجيل الحديث ... أثر في الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل يفسخ الإيجار إذا لم يكن عقد الإيجار سابقاً عليه في التاريخ ، فإن البيع غير المسجل يبيع صحيح ينتج كل آثاره عدا نقل الملكية . وعلى ذلك يجوز للمشتري قبل أن يسجل عقده أن يطلب من المستأجر إخلاء العين بعد التنبيه عليه بذلك في الميعاد القانوني . وعلى كل حال فإن المشتري إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعي من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائني الشخصين ومنهم المستأجر ، فيعتبر المشتري مالكا من وقت البيع أي من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فينفسخ الإيجار حتى مع التسليم بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذي يفسخ عقد الإيجار» (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ٤٨٠) . والآن بعد أن جعل التقنين المدني الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هو الذي يفسخ الإيجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه في هذا الصدد صحيحاً .

ويمكن القول أيضاً ، في عهد قانون الإصلاح الزراعي ، إنه لو باع شخص لآخر أرضاً زراعية بعقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعي ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أي قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعي لا بعد نفاذه . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيق المقام هنا عن بحثها .

٢٨٥ - القول بالأثر الرجعي هو الذي يتفق مع القواعد العامة : والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستساغ فيها من ناحية الصناعة القانونية إقرار الأثر الرجعي أكثر مما يستساغ إنكاره ، وأمثلة أخرى يبدو فيها أن القول بالأثر الرجعي هو وحده القول الحق ، يبقى أن نبين لماذا يستعصى إنكار الأثر الرجعي على كثير من المسائل ، ولماذا يفضل إقرار الأثر الرجعي في مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر في الأثر الرجعي للتسجيل بتأ ، بل قد يبدو أن قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين في انعدام الأثر الرجعي ، وبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري . ولكن المبادئ العامة للقانون تأتي إلا أن يكون للتسجيل في نظام الشهر الشخص أثر رجعي فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يتخطاها ، فهذا تقضي عليه طبيعته ، ومهمته في نظام الشهر الشخصي تختلف عن مهمته في نظام الشهر العيني ، مهمته في نظام الشهر الشخصي هي إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد في هذا النظام هو الذي ينقل الحق . أما مهمته في نظام الشهر العيني فهي نقل الحق ، إذ التسجيل في نظام السجل العقاري وليس العقد هو الذي ينقل الحق (١) .

فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصي ، أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب في نقلها . ولا يتراخى المسبب عن السبب إلا لمانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كما قدمنا إعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان بإشراء . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من إعمال السبب في الحال ، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يتراخى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نحتاط للنواحي الأخرى .

ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطوة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو

الذي ينقل الملكية . وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فمعنى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني (٢) .

أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلا بد أن يكون مسجلاً ، ومن ثم يصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد بعيد كما سبق القول .

(٢) والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فما دنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير .

أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

ويؤيد ما نقول أن الناس لم تبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : « وعلاجاً لهذه الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى طرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم » . ويقول الدكتور محمود شوقي في كتاب الشهر العقاري علماً وعملاً (ص ٣٩ - ص ٤٠) : « ولقد حاول الشارع منذ سنة ١٩٤٢ أن يعالج كل نقص بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبي المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بجعله ٣ ونصفي في المائة بدلا من ٥ ٪ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جمهور المتعاملين على إجراء الشهر نظراً لما لاحظته من قلة الإقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذي يقضي بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر في ١٣ يوليو سنة ١٩٢٨ والمتضم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولاً) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانياً) مع المحاكم من إثبات تاريخ المحررات التي أوجب القانون شهرها ... (ثالثاً) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التي يجب أن تشتمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذي حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التي تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إمضاء أو ختم لإنسان توفي ، نظراً لما لوحظ من شيوع التزوير . (٥) القرار الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذي يقضي بعدم قبول العقود العرفية التي لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية في المحررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت في محررات تم شهرها .

(١) والتسجيل في نظام السجل العقاري يتم بمجرد عقد مجرد (acte atrait) ، غير عقد البيع . فعقد البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية ، والعقد المجرد أي التسجيل هو الذي ينقلها تنفيذاً لهذا الالتزام .

السبب القانوني في نقل الملكية^(١)، فلا بد من إعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع. وأثره هو نقل الملكية، فينبغي أن ينقلها في الحال. ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ - وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل. ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطابقة للنص. ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل، مطابقة للمبادئ العامة، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين^(٢). مثل ذلك البيع مع خيار التعيين،

(١) ونقول محكمة النقض أن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده، وإنما تنتقل بأمرين: أحدهما أصلي أساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية، وثانيهما تبعي وهو التسجيل. وإذن فالمعقود الصوري المبني على الغش والتدليس لا يصحها التسجيل (نقض مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر رقم ٦٨ ص ١٨٣).

(٢) يقترب الأستاذ جميل الشرفاوي كثيراً من هذا الرأي عندما يذهب إلى أن التسجيل في البيع ينصل بالسند لا بالتصرف ذاته، وأثره منحصر في منح السند قوة إثبات الحق قبل الغير: ويخلفه يؤدي إلى سلب السند هذه القوة، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث إنتاجه لجميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية. ويقول في هذا الصدد: «وما دمنا نسلم بتمام الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل إتمام التسجيل، فمعنى هذا أن ترتب آثار التصرف التي يتم بها البيع، بمعنى أنه ينشأ على عاتق المشتري التزام بالتمن وعلى البائع التزام بالتسليم والتزام بالضمان، ضمان فعله وفعل الغير. ولذا فإن تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشتري بالوفاء بالتمن ومن جانب البائع بالتسليم وفاء صحيح للالتزامات قائمة، ولا يستطيع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل المعقد لم يتم. ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشتري بمجرد التراضي، ذلك أن نص القانون على صورته الحالية لا يمكنه أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشتري في مواجهة البائع.... وأحكام محكمة النقض المصرية تفترض في قضائها انتقال الملكية رغم عدم التسجيل، ولعلها تستر عن ذلك في قولها: «إن المشتري متصرف إليه، أي مشتري وليس دائماً عادياً، أي له أن يقتضي من البائع كل التزاماته. ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر حدة - لأنه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض - في قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بى في عقار ياعه بعقد غير مسجل فهو بان في ملك غيره... ولذا فافتنا تساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشتري إلا بالتسجيل، ما دام المشتري يحصل على كل ميزات حق الملكية في مواجهة البائع. ويبدو أن واضعي هذا الحكم لم يفكروا كثيراً في معناه من هذه الناحية، وإنما كان قصدهم بوضعه على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد في طلب التسجيل، لما لوحظ من إهمال المصريين القيام بإجراءات التسجيل» (الأستاذ جميل الشرفاوي في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ وأنظر أيضاً كتابه في البيع ص ١٦٤ وهامش رقم ١ من هذه الصفحة).

ففي هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشتري، فوجب التبرص حتى يتم إجراء الاختيار، وهو إجراء يقابل إجراء التسجيل في بيع العقار، فإذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشتري ولكن من وقت لا يبيع لا من وقت إعمال الخيار^(١).

وإذا كان المشرع قد قصد أن يحث الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم، فنص على وجوب التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين، فإن الواجب إعمال النص، ولكن يجب في الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانوني في مجموعه، ولا يتم للمشرع قصده كاملاً إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العيني، فأدخل السجل العقاري.

(١) ولا يعترض على هذا التمثيل بأن التسجيل إجراء قانوني وليس شرطاً واقعاً يرجع إلى الإرادة، بينما خيار المشتري شرط واقف، يرجع إلى الإرادة. فقد بينا في الجزء الثالث من الوسيط أنه لا يجوز أن يكيف الخيار في الالتزام التخييري بأنه شرط واقف، وقلنا في هذا الصدد ما يأتي: «ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلا من محاله المتعددة واجب الأداء معلقاً على شرط اختيار، وقد كان بعض الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى ذلك. ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار محل ما - فهو أمر محقق لابد من حصوله. وإذا هو لم يحصل ممن له حق الاختيار بالذات، فإنه لابد حاصل ممن أقامه القانون مقامه: القاضي في حالة م إذا كان الخيار للمدين، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٨٩). وقلنا في مكان آخر: «وأياً كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذي قدمناه، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام.. ويستند هذا التعيين بأثر رجعي إلى الماضي.. وليس هذا الاستناد إلى الماضي يرجع إلى أن المحل المعين كان محلاً للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قدمنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطي، وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذي عين كان منذ البداية محلاً للالتزام، إلا أن هذه المحلية كانت شائعة بينه وبين المحل الأولى، فتعيينه تركرت المحلية فيه.. ويرتب على هذا الأثر الرجعي... (٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كما في المقول المعلن بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالئاً للشيء منذ البداية» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٩٧).

ولا يقاس دور التسجيل بدور الإفراز في نقل ملكية الشيء غير المعين إلا بالنوع، فيقال كما أن الإفراز ينقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ - ص ٣١٥) ذلك أن التسجيل إنما يكون في عقار معين بالذات، فلم تستعص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد، وهذا ما تقرر في خيار التعيين حيث كل من الشئيين معين بالذات. أما في الإفراز فالشيء غير معين بالنوع، فطبيعته تستعص على أن تنتقل ملكيته إلا من وقت التعيين، إذ الملكية لا تنتقل إلا في شيء معين بالذات.

ونرى من ذلك أن المشتري غير المسجل ليس مجرد دائن عادي، بل تسميه محكمة النقض المشتري أو المتصرف إليه. ويصف القضاء المختلط حق هذا المشتري بأنه حق مضاف إلى العقار (jus ad rem) تمييزاً له عن محض الحق الشخصي (jus in personam)، وتقريباً له من الحق العيني (jus in rem).

وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء فى مصر ، فأحسا وجوب العمل بالنص ، وهذا حق . ولكنهما كانا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من عقود التراضي ، ولم يصح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل^(١) . واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته . فواجه الفقه والقضاء المسائل التى لا يقوم بها هذا الحائل ، والتى يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، ففى بعضها وصلا إلى هذه النتيجة ، ولكنهما التمسا للوصول إليها طرقاً أخرى استمدها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان فى وسعهما ما دام قد ساروا طبيعة البيع أن يلتزمها إلى النهاية ، وأن يقولوا بأن البيع هو الذى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل . وفى مسائل أخرى اضطرب الأمر ، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فأتجه الفقه والقضاء اتجاهاً يتعارض مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى .

٢٨٦ - القول بالآثر الرجعى لا يتعارض مع نصوص القانون : ولا يقتصر القول بالآثر الرجعى على أنه هو القول الذى يتفق مع القواعد العامة على النحو الذى بسطناه ، بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون ، فليس فى هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن «جميع العقد الصادرة بين الأحياء .. والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله .. يجب إشهارها بواسطة تسجيلها .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم» . فالنص يوجب تسجيل عقد البيع ، ويترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ما ورد فى النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى ، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فما

(١) أنظر مثلاً ما يقول الأستاذ جميل الشرقاوى : «ونحن نعتقد أن مؤيدى فكرة الأثر الرجعى للتسجيل يعبرون بهذه الفكرة عن إحساسهم بمثل ما حملنا نقول إن العقد غير المسجل ينقل فى الواقع الملكية إلى المشتري فى العلاقة بيه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يربطون بها تفسير حق المشتري فى الثمار وتحريم البناء أو العمار فى العقار المبيع على البائع ، وهى أحكام لا تبرر فى اعتقادنا إلا مع التسليم بالملكية للمشتري» (الأستاذ جميل الشرقاوى فى البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢) .

دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تخول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن الرأى الذى نقول به كان قائماً فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسجيل ، وليس فى نصوصه ما يتعارض مع القول بالآثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله .. يجب شهرها بطريق التسجيل .. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم» .

ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه «فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى : «أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد»^(١) .

٢٨٧ - ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده أولاً - نظرة عامة : قدما أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى يعتبر الأول من الغير^(٢) ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده . ولما كان المشتري الثانى قد سجل عقده أولاً فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل إلى المشتري الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل المشتري الثانى فى هذه الحالة على المشتري الأول . ونرى من ذلك أنه إذا اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلاً هو المفضل ، فلا يسرى فى حقه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق فى التاريخ الثابت^(٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ .

(٢) وقد قدما عند الكلام فى التقنين المدنى السابق كيف يكون تحديد الغير فى التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩) .

(٣) ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقدم الحمسى إذا -

ويخلص من ذلك أن المشتري لعقار إذا يادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هي مقيدة بحسن نية المشتري الذي سجل أولاً ؟ يمكن أن نتصور في هذه المسألة حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يشترط في صحة التسجيل أن يكون المشتري حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولاً .

(والحل الثاني) ألا يشترط حسن النية في التسجيل ، ويكفي اشتراط عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذي سبق إلى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، ما دام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذي تأخر في تسجيل عقده . أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فإنه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده . وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التي يجعلها له الحل الأول .

(والحل الثالث) ألا يشترط في صحة التسجيل لا حسن النية ولا عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذي سبق إلى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول . ويرجع المشتري الأول الذي فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشتري الثاني أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثاني بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل في أعلى مراتبه من القوة ، فيكاد يداني في قوته التسجيل في نظام الشهر العيني . ولا يجوز في هذا الحل الأخير للمشتري الأول أن يطعن في البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع معسراً ، ونفرض لتصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذي باعه ، فلم يعد عنده مال للوفاء بتمريض المشتري الأول . في هذه الحالة يستطيع المشتري الأول ، وهو دائن للبائع بالتعويض ، أن يطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه . ولكن العقار لا تخلص ملكيته للمشتري الأول ، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذي له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه في المزاد الجبري ، ويزاحمه في هذا الثمن دائنو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة في دعوى البولصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل في هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة ، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ في حق المشتري الأول ، لم تخلص لهذا المشتري ملكية العقار ، بل لا يكون له عليه إلا حق التنفيذ بالتعويض على الوجه الذي قدمناه .

كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صوري ، فضل عليه التصرف الصحيح البفاد ولو سجل بعد ذلك .

ويخلص من ذلك أن هناك تدرجاً في قوة التسجيل بحسب الحل الذي يؤخذ به . فأضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط في صحته حسن نية المشتري . ثم يتدرج في القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع معسراً ، ولا تخلص للدائن ملكية العقار في هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف العهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقاري .

٢٨٨ - شرط حسن النية في عهد التقنين المدني السابق - احالة : وقد قدما أن الرأى الراجح في عهد التقنين المدني السابق هو اشتراط حسن النية في المشتري لصحة التسجيل ، وبيننا أسانيد هذا الرأى ، وأنه يعتمد على نص صريح في التقنين المدني السابق هو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ من هذا التقنين وتجري على الوجه الآتي : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » (١) . وذكرنا أن هذا الرأى كان ينازعه رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط حسن النية ، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، ما لبث أن هجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشتري سيئ النية ، بل ولو كان متواطئاً ، ما دام عقد شرائه عقداً جدياً ، فإن كان عقداً صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتفى هنا بالإحالة إلى ما سبق أن بسطنا في كل ذلك (٢) .

والرأى الراجح من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذي يذهب إلى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ، ينزل بالتسجيل إلى إضعف درجة من القوة كما سبق القول .

٢٨٩ - شرط حسن النية في عهد قانون التسجيل : أما في عهد قانون التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذي يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه في عهد التقنين المدني السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من ظاهر النص ، فقد كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت المادة ٣٤١/٢٧٠ من التقنين المدني السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتي المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهي التي تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية فتشترط في التسجيل ألا يداخله التدليس ، إذ تقول في الفقرة

(١) والنص الفرنسي لعبارة « لا يعلمون ما يضر بها » هو ، كما قدما : qui sont de bonne foi .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩ .

الثانية منها : « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس » . فاستخلص من علم اشتراط حسن النية في العقود المنشئة واشترطه في العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشروط لصحة تسجيل البيع (١) . ولكن بقي الرأيان الآخران يتنازعان القضاء والفقه . فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فإنه يشترط عدم التواطؤ (٢) . ورأى آخر يذهب إلى أن قانون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ ، فيجب تفضيل المشتري الثاني الذي سجل أولاً ، حتى لو كان سبيح النية ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع (٣) .

(١) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٢ ص ٦٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٤ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٧٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ - ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠ (وقد اشترط هذا الحكم حسن النية لصحة التسجيل) .

(٢) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه مما يجافى العدالة ألا يكون للتواطؤ جزاء ، وإلى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما غمض فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تقر الأعمال المنطوية على التواطؤ ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول أنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإلى أنه لا يتفق مع المنطق أن يكون حق المشتري بعقد غير مسجل سليماً في مواجهة البائع ثم يصبح بعد تواطؤ الغير مع البائع حقاً مسلوب القوة : حكم الدوائر المختصة لمحكمة استئناف مصر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٦٠٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٣ - استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ .

وانظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الغش والتواطؤ والتدليس في التسجيل - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ هامش رقم ٣ ص ٢١٧ - ٢١٨ .

(٣) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن قانون التسجيل قد أبقي على نظرية التواطؤ في العقود الكاشفة وأغفلها في العقود المنشئة ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات العديدة في الفصل في مسائل حسن النية وسوء النية ، وإلى أن قانون التسجيل قد خطا خطوتين لإدخال نظام السجل العقاري فجعل انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطاً بالتسجيل وحله وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، وإلى أن المشتري الثاني يتعامل مع البائع ولا يزال مالكا للمبيع ، وإلى أنه لا محل للتمسك بالمادة ٣٤١/٢٧٠ مدني سابق لأن قانون التسجيل قد نص في المادة ١٦ منه على إلغاء كل نص يخالف أحكامه . أنظر من هذا الرأي : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ - ١٠ ديسمبر =

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل لا حسن النية ولا انعدام التواطؤ ، فإذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً . فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إلى الثاني سبيح النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إلى الأول من الصفقة . وإذن فلا يقبل من أي أنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن يتنازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إلى الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) . فارتفعت محكمة النقض ، بهذا الرأي الذي اعتنقته ، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول ، الذي تواطأ البائع والمشتري الثاني على الإضرار بحقه ، يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال ، إن كان البائع مومراً . فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذي سبب الإعسار

= سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٤١ - ص ٢٥٤ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٠ ص ٧٠٦ - استئناف أسبوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤ .

وانظر الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٦٩ - الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٧٣٩ .

وانظر في عرض الرأيين : الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات فقرة ١٦٥ وما بعدها - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٣ ص ١٦٥ - ص ١٦٧ - الأستاذ جميل الشوقاوي ص ١٧٣ - ص ١٧٦ - الأستاذ عبد المصم البدراني فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٧ .

(١) نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضاً ما يأتي : « ولا يجوز التحدي بمبارة سوء النية أو حسنها أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدني ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدني الذي كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً ، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن فتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقياً ، والدعوى البولصية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدني هي دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه والذي كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه ، وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعي لما يطلب إبطال التصرف فيه » .

أو زاد فيه ، جاز للمشتري الأول أن يطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ولكن لا لتثبيت ملكيته في العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له (١) ، وبزاحمه في ثمن العقار دائر البائع الآخرون على النحو الذي قدمناه (٢) .

(١) قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ من ٢١٨ .

(٢) وقد قصت محكمة استئناف أسبوط في هذا المعنى بأنه يجوز للمتصرف إليه الأول بتقيد غير مسجل أن يرفع دعوى عدم نفاذ العقد الثاني ، إذا توافرت شرائط الدعوى البولصية ، على اعتبار أنه دائر على من حقه أن يظل التصرف المفتر لمدينه ليستطيع استرداد الثمن الذي دفعه والحصول على التعويضات التي يستحقها . على أنه يلاحظ أن العرض من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثاني ليحل محله التصرف الأول غير المسجل ، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض تعتبر تحديلاً على مخالفة قانون التسجيل ، فضلاً عن أن الدعوى البولصية في الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من سريانه في حق الدائن الذي يتضرر من أثر التصرف في مال مدينه . فإذا وجد في هذه الحال ما يفي بمدينه زالت المحكمة فيها وأصبحت غير مقبولة ، وهي ليست خاصة بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها وأن يتقاسموا المال الذي يرجع إلى مدينهم (٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧) . ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا تحققت الشروط المقررة لطعن بالدعوى البولصية ، فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيه إلى البائع ، ويكون من حق المشتري الذي يسجل عقده بوصفه دائراً بالثمن التنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه . وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشتري إلى يمت عقده الابتدائي ومطالبته بالحكم ، بصحته ونفاذه ، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري الذي سجل عقده محملاً بحق المشتري الذي لم يسجل بوصفه دائراً للبائع ، وليس للدائن في مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذي يجرى عليه التنفيذ (نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص ١١٨٥) . وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع في الدعوى هو أن طلبات المشتري الذي لم يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال التصرف الصادر من البائع إلى المشتري الذي سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدني القديم ، فإن إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب الأصلي في الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى البولصية وتكون المحكمة إذا اعترت الدعوى مفاضلة بين عقدين مجرد هذه الإضافة ، وأعملت حكمها على ما بين الطرفين من تفاوت في الأثر القانوني لكل منهما دون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالاً ، قد خالفت للقانون (نفس الحكم السابق) وكانت محكمة النقض قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز الجمع بين دعوى تثبيت الملكية في العين المشتراة والدعوى البولصية ، لأن كلا من الدعويتين تنافي مع الأخرى (نقض مدني ٩ ديسمبر ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

وقد سارت محكمة النقض الإيطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى البولصية على النحو الذي بسطناه ، بدعوى أن المشتري ليس له حق شخصي محض ، بل هو حق شخصي يرمى إلى تملك المبيع ، فعال هذا الحق هو أن يصير حقاً عينياً . والدعوى البولصية لم تشرع إلا لحماية الحقوق الشخصية التي لا يقصد بها الحصول على الملكية ، فلا يكون للمشتري إلا مطالبة البائع بالثمن المدفوع له من المشتري الثاني إذا وجده في ماله (أنظر الحكم منشوراً في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - والحكم مستند من بعض قضاة القانون

ولم تهدر محكمة النقض العقد الذي سجل أولاً إلا في حالة ما يكون عقداً صورياً . فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) (١) .

الإيطالي - أنظر مقالاً للأستاذ كاديمنوس في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ - برنارد في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ - وأنظر الأستاذين أحمد مجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٧٣ ص ٢٧٤ هامش رقم ١ .

أما محكمة النقض الفرنسية فتقضي بأن التواطؤ يظل التسجيل ، وتفصل المشتري الأول المتأخر في التسجيل على المشتري الثاني الذي سجل أولاً إذا كان هذا المشتري الثاني قد تواطأ مع البائع ، ولا يكفي أن يكون سعي النية (نقض فرنسي ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ دالوز ١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت أن عقد المشتري المسجل هو عقد صوري . ولا ينتج في إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢) - وأنظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ - ٦ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩١ ص ١٨٨ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ - ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص ١٥٣٦ - ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة النقض ٧ رقم ٩٧ ص ٧٠١) .

(١) أ - للحكم للمورثة ببطلان عقد البيع المسجل الصادر من المورث بعد تسجيل طلب الحجز عليه ، يتضمن حتماً قضاء باستحقاقهم ملكية المبيع دون المشتري وعدم أحقيته فيها ومتى حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضي فإنه يمنع المشتري من العودة إلى المناقشة فيما فصل فيه صراحة أو ضمناً . (جلسة ١٩٨٩/٧/٢٥ الطعن ٢٤٢ لسنة ٥٦ ق) .

ب - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن للمشتري الذي لم يسجل عقده بوصفه دائراً للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد وإثبات بقاء العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده وسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة ، وكان الحكم المطعون فيه قد قل تدخل المطعون ضدها الأولى خصماً في الدعوى باعتبارها خلفاً عاماً لمورثها المشتري بالعقد المؤرخ ١٩٧٧/٧/١٥ المقضى بصحته ونفاذه في الدعوى المقامة من البائعة للطاعن وأجاز لها إثبات صورية عقد الأخير صورية مطلقة إذا أطلحت إثبات ذلك بما أتيح لها من وسائل الإثبات المقررة قانوناً فلا عليه إذ قضى برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقده المؤرخ ١٩٨١/٨/١٦ لبطالته دون مفاضلة بينه وعقد المطعون ضدها الأولى سالف البيان لاتقاء شروط المفاضلة بينهما فيكون قد التزم صحيح القانون .

(جلسة ١٩٩١/٦/٥ الطعن ١٩٩٩ لسنة ٦٦ ق) .

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٣١ ص ٢٧٢) .

وإذا كانت محكمة النقض، بقضائها هذا، مدفوعة إلى تخصيص التسجيل من كل طعن وتقويته إلى يحد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل العقاري، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصي الذي لا تزال فيه حتى اليوم. ففي نظام السجل العقاري يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم. فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحري، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحسباً دقيقاً، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقاري ذاتها. أما هذه الضمانات لا تزال تعزز النظام الشخصي القائم، فلا نرى بدأ من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثاني الذي سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع^(١). وفي رأينا أن خير طريق للحصول إلى هذه النتيجة هو الطعن في البيع المسجل الدعوى البولصية، ولكن لا على النحو الذي تذهب إليه محكمة النقض، بل على نحو خاص منموذ إليه فيما يلي^(٢).

٢٩٠ - شرط حسن النية في قانون تنظيم الشهر العقاري : كانت اللجنة التي قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقاري تواجه الرأيين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء في هذه المسألة: الرأي الذي يذهب إلى أنه يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، والرأي الذي يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصية ودعوى الصورية وهو الرأي الذي ساد في العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا. وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذي قام بين الأعضاء في هذا الصدد في العبارات الآتية: «وفي أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين. يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شيء.

= ج - توقيع المشتري الثاني الشاهد على عقد بيع المشتري الأول الذي لم يسجل . لا يحول دون كسبه ملكية المبيع بمقتضى عقده الثاني الذي يأدر إلى تسجيله ولو تواطأ مع البائع . علة ذلك . طعن المشتري الأول بالدعوى البولصية غير منتج في التخلص من آثار هذا العقد المسجل حتى ولو كان المطعون ضده الثاني متصرفاً له والمتصرف سبيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان الطاعن من الصفقة .

(جلسة ١٩٩٨/٤/٤ الطعن ٢٠٦ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ م ٢٠ ع ٢ ص ١٠٨٤)

(١) الأستاذ عبدالسلام ذهني في التسجيل ص ٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي قرة ٢٧٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ ص ٢١٧ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٠٢ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١٧٦ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٢٩٠ في آخر الفقرة . وأنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ ص ١٠٣٠ وهامش رقم ٤ .

بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذي أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بكافة إجراءات نظام السجل العيني فيما عدا إمساك السجل، والسجل العيني لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل. وأضاف الفريق الثاني إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطي للتسجيل قوته وحجيته، ولا داعي للتردد الذي كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العيني. أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح في هذا المعنى. وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً، إلى أن انتهى الرأي إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نظراً للحرص الذي كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس في المادة الثانية وعدم وجود هذا النص في المادة الأولى. ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع، فيقال إن محكمة النقض ترى في أي الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات. ولذلك رأت اللجنة أن تزيل هذا الحرج، فلا تنص على التدليس في المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري التي تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣، كما تزيل النص على التدليس فيما يلي ذلك من المواد التي تقابل المادة الثانية من القانون القديم. وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقاري غفلاً من النص على التدليس في أي مادة من مواده، أي أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض الأمر على القضاء^(١).

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجعت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذي أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص في أن التواطؤ لا يعتد به في العقود المنشئة .، ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل في نصوصه هذه الحجة القوية، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة، وتسكت المادة الأولى عن هذا النص في العقود المنشئة، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري النص في المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة، كما أغفل النص على ذلك أيضاً في المادة التاسعة في العقود المنشئة، فلم يعد من المستطاع إستخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من

(١) الدكتور محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٣١٢ - ص ٣١٣ - وورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : «وفي صدد التدليس لم ير محل للنص عليه، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة لهذه الحقوق، اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن» .

العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، وموكولا
أمره للمبادئ العامة على النحو الذي قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن
يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما يرى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم السكوت عن
هذه المسألة ، ولم يصدر كما قيل غفلاً من النص على التدليس في أية مادة من مواده . فقد
ص ، في صدد تسجيل الدعاوى ، في المادة ١٧ منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى
المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق
القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو
التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو
التسجيل المشار إليهما » . « ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي
يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا
القانون أيهما أطول » . (مضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦) . ولما كانت المادة ٥١ من
قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها دعوى صحة التعاقد ، فقد
خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على
رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن
النية . فإذا سجل المشتري الثاني عقده ، ولم يجد المشتري الأول من رافع دعوى صحة
التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثاني ، فله أن يمتنع
على المشتري الثاني بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه
أن المشتري الثاني كان يعلم وقت أن اشترى بصدد تصرف سابق من البائع في نفس العقار .
ويخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستنتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون
الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذي كان مفهوماً في التقنين المدني السابق ، مشروط لصحة
التسجيل .

ولعل واضعي قانون الشهر العقاري لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا
ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انتزعوا من أصحاب الرأي القائل بأن التواطؤ لا يفسد
التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، في مسألة هامة كهذه
المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكماً خطيراً قد يكون محللاً للنظر ،
أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فيبين الحكم الذي ينتهي إليه تطبيق المبادئ العامة
بدلاً من ترك الأمر للفقهاء والقضاء ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلاً ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقهاء الرأيان اللذان
كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر
يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد برجوع رأي ثالث كان قانون التسجيل قد
قضى عليه ، وهو الرأي الذي يذهب إلى أن سوء النية وحده يكفي لإفساد التسجيل إذ
حسن النية مشروط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأي أن يستند إلى نصوص قانون
الشهر في مادته الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذه الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذي معتقد أنه هو المتفق مع
المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعو قانون الشهر . ومن ثم يتعين استبعاد الرأي
الذي يذهب إلى اشتراط حسن النية في التسجيل واستبعاد الرأي الذي يذهب إلى أن
التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأي الذي يذهب إلى أن حسن النية ليس
مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده .

أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضح قانون
الشهر العقاري قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة (١) .
وليس من المصلحة الرجوع في خطوة خطاها قانون التسجيل عندما قضى على شرط
حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بإزالته عاملاً من عوامل الاضطراب والزعزعة في
الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم يسبق التصرف أمر دقيق يصعب في

(١) والواقع أن واضعي قانون الشهر العقاري قد تجاوزوا الغرض الذي قصدوا إليه عند ما نقلوا المادة
٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل . فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون
التسجيل تنص على ما يأتي : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما
خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها » . وكانت النصوص والمبادئ المشار إليهما في هذا
النص نصوص التقنين المدني السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتهن حسن
النية إذا استند حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعي ، فيبقى هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعي
ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن المرتهن ، كمشتري من زالت ملكيته بأثر
رجعي أو مشتر من غير مالك أصلاً ، فلم يكن يحميه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل
سند قبل تسجيله صحيفة الدعوى وكان حسن النية . ونقل قانون الشهر هذا النص في الفقرة الثانية
من المادة ١٧ منه على الوجه الآتي : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن
نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . فشمل حمايته ، لا الدائن المرتهن فحسب ، بل أيضاً
المشتري وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان يهدده الأثر الرجعي لزوال الملكية ، وذلك إلى
وقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسن النية ، أي غير عالمين وقت
أن كسبوا حقوقهم بما يهدد ملكية سلفهم من زوال بأثر رجعي .

فلما أضاف النص إلى دعاوى زوال الملكية بأثر رجعي دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ،
أدخل في زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء الأخيرون لا
يستعملون حقوقهم من مالك يهدد ملكيته الزوال بأثر رجعي ، بل يستعملونها من غير مالك أصلاً
في حالة دعاوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف في ملكه في حالة دعاوى صحة التعاقد .
فكان ينبغي أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستند حقه من غير مالك أصلاً ، فلا
يحمي ولو كان حسن النية ، إلا إذا استند حقه من شخص يستطيع أن يملكه ولو كان هو نفسه
مالك وذلك كالمشتري بعقد صوري وكالوارث الظاهر كما سبق القول (أنظر أيضاً فقرة ٢٦٣ في
الهامش) ، وأما من يستند حقه من مالك سبق له التصرف في ملكه فيحمي ولو كان سعي النية
أي يعلم بالتصرف السابق . لأنه استند حقه من مالك لا يهدد ملكيته الزوال ، ما لم يكن متواطئاً
مع هذا المالك (قارب في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقص في عقد الإيجار فقرة ١٢٢ من ٢٠٥
هامش رقم ٣ - البيع والإيجار لنفس المؤلف فقرة ٢١١ من ٢٨٦ هامش رقم ١) .

كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى سيقاً معلقاً يهدد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فان أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء . فقانون الشهر العقاري ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون في مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعو هذا القانون قد قصدوا ما يراد استخلاصه من هذين النصوص . فمن باهر إلى تسجيل سنده ، وسبق في ذلك رافع الدعوى في تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يحتج بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشتري بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد ^(١) ، فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بقاءً في دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشتري بسبق التصرف في الذي اشتراه نافياً لحسن النية . فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، في هذه المسألة ، فقضت بأن الغير سعي النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقد معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر سعي النية في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تعاقد معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويرتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن النية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح القضاء حراً في تحديد حسن النية في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها (أنظر أيضاً فقرة ٢٦٣ في الهامش) .

المادة ١٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية متى توافرت شروطهما (١) (١) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، لا تزال مصرّة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليصية على النحو الذي بسطناه . وقد قضت في هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتقالها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية للمشتري الثاني الذي سبق في التسجيل إلا كون عقده صورياً . وأنه لا ينتج في إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

- (١) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ من ٨٥٥ .
(٢) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ من ٣٥٢ - وانظر أيضاً: نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ من ٩٤٤ - ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ رقم ١٧٦ من ١١٣٨ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ من ٥٧٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ من ٥٨١ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ من ١٥٣٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩ من ١٥٣ .

(١) أ - من المقرر أن للمشتري الذي لم يسجل عقده بوصفه دائناً للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتسكك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة وفقاً لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد وإثبات بقاء العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده وسجل هذا الحكم فتنقل إليه ملكية العين المبيعة .
(جلسة ١٩٩١/٦/٥ الطعن ١٩٩٩ لسنة ٥٥ ق)

ب - لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن كان يستهدف بطلانه بعدم نفاذ التصرف الصادر إلى المطعون ضده الثاني إلى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده الثاني إلى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل فإن ذلك الطعن - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يكون غير منتج في التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثاني بوصفه متصرفاً له والمتصرف سعي النية متواطئاً على حرمان الطاعن من الصفقة ، ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم من اغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثاني بالدعوى البوليصية لا جدوى منه في خصوص هذه الدعوى .

(جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ الطعن ٢٢٢ لسنة ٢٥ من ٢٠ من ١٠٨٤)

ج - نص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ -

وهذا الرأي يجب أيضاً استبعاده لتطرفه في الناحية الأخرى ، كما استبعدنا الرأي الأول الذي يتطرق في اشتراط حسن النية لصحة التسجيل^(١) . ومهما يكن من شنيع

= هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تزول ولا تتغير لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير ، مما مفاده أن الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا بالتسجيل فإذا لم يسجل المشتري عقد شرائه وتصرف البائع إلى شخص آخر سجل عقده خلصت له الملكية بمجرد التسجيل وإذا جاء نص المادة التاسعة المشار إليه أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ القابل له ، خبوا بما يجيز ابطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ ، فإن الملكية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشتري الذي يادر بالتسجيل التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه قد تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يطله .

(جسدة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن ٢١٣ لسنة ٣١ في ١٧ ص ٢٩٥)

د - تمسك الطاعن بصورة عقد البيع الصادر من البائع له إلى المطعون ضدها الأولى عن عقار النزاع بصورة مطبقة وطلبه إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ذلك . دفاع جوهرى . التفات الحكم عنه لعدم تسجيل الطاعن عقد شرائه لذات العقار بما يجوز للبائع بيعه لآخر . قصور .

(جسدة ١٩٩٨/٧/٩ الطعن ١٧٨١ لسنة ٦٢ ق)

(١) والفقه المصرى ، بعد صدور قانون الشهر العقارى ، منقسم ، ولكن الكثرة الغالبة تقرر محكمة النقض فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان (فقرة ١٨٣) وجوب حسن النية لصحة التسجيل ، فيكفى لاعتبار المشتري الثانى سعى النية أن يكون عالماً بالتصرف الأول ولا يشترط توطؤه مع البائع ، ويستند فى ذلك إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .

ويرى الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي (فقرة ١٠٥ - ١٠٧) أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثانى مع البائع يفسد التسجيل ويجعله غير نافذ فى المشتري الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون محكمة النقض ، من الناحية العملية على الأقل . فيذهب الأستاذ محمد على إمام (فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩) إلى أن التسجيل إذا أفسده التواطؤ من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العملية دعماً لقوة التسجيل . وكذلك يذهب الأستاذ عبدالمنعم البدرأوى (فقرة ٢١٨ - فقرة ٢١٩) إلى أن الاعتداد بالتواطؤ صحيح من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وعلى أساس الناحية العملية يؤيد قضاء محكمة النقض . ويرى الأستاذ جميل الشرقاوى (البيع ص ١٨٠ - رسالة البطلان فقرة ٥٤ وهامش ص ١٥٧) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتبار أن التسجيل عنصر فى إثبات الحق العقارى استلزمه القانون استلزاماً مطلقاً بحيث لا تخل محله وسيلة أخرى لتكميل دلالة السند المثبت للحق العقارى المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقر ٧٢ ص ١٢٥ - ١٢٦) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من قانون الشهر ، إلا أنه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن مناقشات اللجنة التى وصعته أن المشرع لم يشأ أن يفصل فى هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لا يتفق مع الاتجاه الذى يسير نحوه المشرع المصرى من الأخذ بنظام التسجيل العيني . ويخلص إلى القول بأن اتجاه محكمة النقض هو الذى سوف يستقر ، ويكفى أن تكون محكمة النقض قد أخذت برأى فى مسألة محل للنظر حتى نسير معها المحاكم الأخرى ، وخصوصاً أن هذا رأى الذى استقر قبل قانون =

للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فإنه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنهض به الاعتبارات العملية.

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل

= الشهر العقارى . ويرى الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ٩٣ - ص ٩٤) محكم النقض على ما ذهبت إليه .

ويقول الأستاذ سليمان مرقس (عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش ١ - وأنظر أيضاً الأستاذ محمد على عرفه فى أسباب كسب الملكية سنة ١٩٥٥ فقرة ١٩٤ ص ٣٥٥) إن شرط حسن النية المذكورة فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر مقصور على دعاوى الطعن فى تصرفات مسجعة ، يترتب عليها فسخ أو بطلان أو إلغاء التصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية لمنع من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . وفى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيقى ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز ، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تسجيل عقد المشتري الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرى البائع منها ، فصار وفاء هذا بالتزامه نحو المشتري الأول وفاء عينياً غير ممكن ، فيمنع الحكم بصحة التعاقد ونفاذه ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرقس من أن شرط حسن النية جاء لمنع من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو فسخه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، أت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك الغير ، كما هى الحال فى المشتري بعقد صوري وفى الوارث الظاهر (انظر آنفاً فقرة ٢٦٣ فى الهامش) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فقول فى حاجة إلى الاستقصاء . ذلك أن المثل الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية على الوجه الآتى : يقيم المشتري الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشتري الثانى الذى سق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشتري الثانى بسقه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشتري الأول بطلان التسجيل لتواطؤ المشتري الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيها أن التواطؤ يفسد التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشتري الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم بنقل إليه هو ملكية العقار .

ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك .
هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه
محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى ، فقد رأينا أن
هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل
السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت
أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا ينفى حسن النية ، فمن البديهي أن المشتري
الثانى الذى تواطأ مع البائع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا
يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر .
فهو إذن سعى النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى
صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى
تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو
ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض .
فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العيني . فمن
المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيني أحد مقوماته الجوهرية ، وهو الحجية المطلقة
للسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لا تزال الدقة فى تحرى صحة
السندات المسجلة تعوزه ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل
تعويض من يضار به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيني . يشهد بذلك من خبروا نظام
الشهر القائم فى ناحيته العملية (١)

ويخلص مما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأى الوسط ، وهو الرأى الذى يدعم نظام
التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ،
حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط

(١) ويقول الدكتور محمود شوقي ، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقارى ، فى هذا الصدد ما يأتى
: «ونرى أنه يجب الأخذ بالمبادئ العامة فى شأن كافة المحررات على اعتبار أن التدليس يفسد المحررات
المسجلة كما يفسد أى محرر آخر ، تطبيقاً للمبدأ القائل بأن التدليس يفسد أى محرر ... ولا عبرة
للقول بأن قانون تنظيم الشهرى العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيني ، وعلى هذا
يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة . إذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦
ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الإصلاح النهائى المرتقب والذى يجب أن يمسك السجل
العيني . وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر
السجل يكون عادة قاصياً من القضاة النظاميين . أما وهذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا
موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصى عموماً ، وعلى الأخص فى مصر حيث
الملكية العقارية ما زالت فى حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتنضبط على أساس سليم (الشهر
العقارى علماً وعملاً ص ٣١٣ - ص ٣١٤)

لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق
الغير ، وبذلك تحمى مصالح الناس من أن يعرضها للتضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأى ، من الناحية ، بأحد طريقين . الطريق الأول ، وهو الطريق
المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف (fraus omnia corrumpit) ، فالعقد
المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلاً ، والتسجيل لا
يصح (١) . والطريق الثانى هو الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسأير فى
هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما
يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين . وقد قلنا فى الجزء الثانى من الوسيط (٢) فى
هذا الصدد ما يأتى : «وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا
كان موعوداً ببيع عين أو كان دائماً فى وعد برهن أو كان دائماً مرتهاً ، ثم باع المدين
العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين
المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن
ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل اجراءات التطهير ، ففى مثل
هذه الأحوال يعتبر المدين فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية ما دام
الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التى تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين
أموال كافية تقى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى
البولصية فى تصرف المدين فى العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه فى العين المرهونة ،
فيمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق
عليها (٣) . وفى الحالة التى نحن بصددنا قد تركز حق المشتري الأول فى العقار
المبيع ، فيعتبر البائع فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية ما دام المشتري
الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من

(١) أو يقال إن المشتري الثانى المتواطئ مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب عليه التعويض . وخير
تمويض هو التمويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت
ملكته فى العقار المبيع بتسجيل سنده .

ويلاحظ هنا أن المعيب ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثانى ذاته الذى كان محل للتسجيل .
وسبب المعيب هو الغش أو التواطؤ ، فالغش يفسد التصرف القانونى ، ولا يستطيع التسجيل أن يصحح
هذا الفساد .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٥٨٨ من ١٠٣٠ .

(٣) وجاء فى الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثانى من الوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء
الذين يقرون هذا الرأى وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٦ - جرويه فقرة ٢٦٣ وما بعدها - ريبير فى
القاعدة الخلقية فى الالتزامات فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ - ديموج ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها ،
بلانيول وريبير وروان ٧ فقرة ٩٣٧ - فقرة ٩٣٨ - دى هلتس جزء أول فى الدعوى البولصية
Action paulienne فقرة ٤٨ .

التعويض، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده (١).

المبحث الثاني

تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والحفاظة عليه حتى التسليم فرع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالحفاظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدني تنص على أن «الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والحفاظة عليه حتى التسليم» .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالحفاظة على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشتري . وإذا اتفق الالتزامان في أن كلا منهما فرع عن التزام أصلي ، فإنهما يختلفان في أن الالتزام بالحفاظة على المبيع التزام ببذل عناية (obligation de

(١) وهذا ما قلناه في الجزء الثاني من الوسيط ، فقد عقبتنا على ما سبق أن أردناه في هذا الصدد بما يأتي : ويترتب على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل المشتري ، ثم باعه ثانية من مشتر آخر ، وبأمر المشتري الثاني إلى التسجيل متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثاني بالدعوى البولصية ، إذ أن حقه قد تركز في العقار المبيع (الوسيط ٢ ص ١٠٣٠ حاشية رقم ٤٤) .

ويقرب من هذا ما قضت به محكمة استئناف مصر في صدد تفضيل بيع غير مسجل على وقف أنشاء البائع بعد ذلك في العقار المبيع إضراراً بالمشتري . فقد قضت هذه المحكمة بأن عدم تسجيل عقد البيع لا يطله ولا يعدم أثره ، بل يظل العقد قائماً نافذاً ويلتزم الطرفان بجميع الالتزامات القانونية ما عدا نقل الملكية الذي يتراخى إلى ما بعد وقوع التسجيل . والمشتري بالعقد غير المسجل إنما هو دائن بالتزامات شخصية تركز على العين المبيعة ، ويصح له إذن أن يستند إلى نص المادة ٥٣ مدني ويطلب بطلان الوقف الذي أنشاءه البائع إضراراً به ، لأن التصرف يمنع المشتري من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسهيل الإجراءات الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها . ولا محل للقول بالتفاضل بين عقد البيع غير المسجل وحجة الوقف المسجلة ، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ، والمشتري بالعقد غير المسجل لا يطالب بحقه عيني مثل تثبيت الملكية أو خلافه ، بل يدفع دعوى الوقف بالقول ببطلانه ، لوقوعه إضراراً بحقوقه بصفته دائماً بالتزامات تركز على العين الموقوفة (استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠) .

(moyen) ، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) (١) . وسرى أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه يهلك على البائع ، ومن هنا يجيء أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية في القانون المصري .

أما التزام البائع بالحفاظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام ببذل عناية كما قدمنا . ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتسرى عليه المادة ٢١١ مدني وهي تنص على أنه «في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ... فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود» . فإذا بذل البائع في الحفاظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادي ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه في عناية بحاله أقل حرصاً من الشخص العادي ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه في عناية بحاله أكثر حرصاً من الشخص العادي ، فإنه يكون قد وفى بالتزامه . فإذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل في الحفاظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر ، لم يكن البائع مسؤولاً بموجب التزامه بالحفاظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سنرى . وإذا لم يبذل البائع في الحفاظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فإذا هلك المبيع أو تلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسؤولاً ، بموجب التزامه بالحفاظة على المبيع ، عن الضرر الذي أحدثه للمشتري وفقاً للقواعد العامة المقررة في المسؤولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحمله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسؤولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشتري ، وتنتفي مسؤوليته في هذه الحالة على أساس الالتزامين معاً التزامه بالحفاظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشتري ملزماً بتسليم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملاً للبائع (٢) .

(١) أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي - وفي القانون اللبناني تبعاً له - فليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالحفاظة على المبيع . فإذا هلك الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم ، فعجز البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك بخطأ منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشتري بالثمن ، فيكون المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك ، وسنعود إلى ذلك فيما يلي .

(٢) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني هذه الأحكام في المادتين ٤١٥ ، ٤١٦ منه . فنصت المادة ٤١٥ على أنه «إذا هلك الشيء المعين الذي انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التي بمقتضاها يحق له أن يدعى أي شخص آخر . وإذا كان المبيع من المثليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يمثله صفة ومقداراً ، مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الاقتضاء» . ونصت المادة ٤١٦ على أنه «إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حالته ، وبدفع ثمنه كاملاً . وهذا النص لا يسري إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيها من الأحكام دون حاجة إلى نص» .

يقتضي التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفي الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قدمنا . فنحتفظ له بهذه السمة (١) ، ونسأل بطلان تفصيلاً ، لتحديد المحل الذي يقع عليه التسليم ، ونرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجراء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل في ذلك تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

المطلب الأول

محل التسليم

٢٩٢ - تسليم المبيع بحالته وبمقداره وبملحقاته : محل التسليم هو المبيع المفق عليه في عقد البيع . يلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت المبيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه . فنستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

١ - حالة المبيع

٢٩٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدني على ما يأتي : « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » (٣) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

(١) وسرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فإن الالتزام بالتسليم يكون مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثاني كاملاً إذا تم تنفيذ الالتزام الأول . وإذا كان التسليم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذي ينقل الملكية ، فإنه لا تزال له أهميته حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينقل الملكية فإنه يستكمل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الأقل كما سرى .

(٢) وقواعد التسليم في البيع هي التي تسرى في مجموعها على كل التزام بالتسليم ، سواء كان التزاماً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كما في المقاضية والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والعارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدني في عقد الإيجار صراحة على أنه « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام » وعلى الأنص ما يتعلق بها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ٥٣) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - ويقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٤ (١) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة أو في حالة مطابقة للعين أو غير ذلك (٢) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص .

ومن ثم وجب أن نبين كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذي يترتب على وجود اتفاق خاص بين المتبايعين يعين الحالة التي يكون عليها التسليم .

٢٩٤ - كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع : قدمنا أن المبيع يجب أن يكون معيناً كافياً ، وهذا التعيين الكافي ينطوي دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والمفروض - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (٣) - أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً . وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، يقضي بأن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه « مستفادة من القواعد العامة » (٤) . فالبايع إذن يلتزم بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، ومشتملات العين ، ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري)

التقنين المدني العراقي : لا مقابل لنص التقنين المدني المصري ، ولكن هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن الأخذ به في القانون العراقي . انظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٩٣ - فقرة ٣٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٤ : يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته . (وهذا يطابق الحكم الوارد في نص التقنين المدني المصري)

(٢) مثل ذلك أن يكون المبيع عقاراً مرهوناً وقت البيع ، فيتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المشتري العقار خالياً من الرهن بعد شطبه (بلائيول وريير وهامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١ .

أن يسلم بها المبيع إلى المشتري^(١)، ما لم يوجد إتفاق خاص على غير ذلك^(٢).

وإذا كان المبيع من المثليات التي لم تعين إلا بالنوع، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع، لأنه غير معين بالذات في هذا الوقت. وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض، فنصت على ما يأتي: «ويكفي أن يكون المحل معيماً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره». وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط. فالحالة التي يجب تسليم المبيع عليها في هذا الفرض بعينها الاتفاق الخاص إن وجد، فإذا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملازمة، فإذا لم توجد هذه ولا ذاك وجب تسليم المبيع من صنف متوسط، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع، ولا من صنف ردي حتى لا يغبن المشتري^(٣).

(١) فإذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم (plan de lotissement)، وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشمل عليه من شوارع وميادين، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية ما قامت قد شقت وأصبحت ميسرة للاستعمال العام (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٣٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩). وليس البائع في هذه الحالة ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين، ولكن يجب أن يترك المسافات اللازمة لها (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥)، وأن يجعل المشتري يتفنع بها (استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢١)، وللمشتري صفة طلب هدم المباني التي تقام في الشوارع المصممة (استئناف مختلط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤٤). أما إذا وقف البائع بقية الأرض المقسمة ولم يتم بفتح الشوارع والميادين، جاز للمشتري فسخ البيع (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧).

وإذا كانت الأرض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام، سلمها البائع للمشتري على هذه الحالة، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠١).

(٢) أو عرف متبع، وذلك كالحالة التي يسلم بها البائع القطن المبيع، فيرجع إلى العرف في تحديد هذه الحالة وفي تعيين مرتبة القطن بحسب المتعارف في بورصة مينا الصر (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧).

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ - بودري وسينيا فقرة ٣١٢.

وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة، كان على المشتري وقت تسليم البضاعة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معانة البضاعة أو تعيين خبير لمعاينتها، وكذلك يجوز للبائع، إذا ادعى أن الحالة هي الحالة الواجبة، أن يطلب هذه المعاينة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥). أما إذا قبل المشتري المبيع واستعمله مدة طويلة، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس على الحالة الواجبة (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩).

٢٩٥ - تغير حالة المبيع: والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع إلى المشتري.

والمفروض بقاء الشيء على أصله، فالحالة التي يكون عليها المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع. فإذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاه، فليس له بعد ذلك أن يحتج بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع، إذ أن سكوتة هذه المدة يدل على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حالته وقت البيع، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه ونزل عن حقه في التمسك به^(١).

أما إذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم يتغير حالته عما كان عليه وقت البيع، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام^(٢).

(١) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ١٧٩ (وهما الحكمان المشار إليهما في الحاشية السابقة) هذا وتنقض المادة ٢٥١ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (تقابلها المادة ٩٩ من التقنين التجاري القديم) في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل بأن ١٥ - تسلم الشيء محل النقل دون تحفظ يسقط الحق في الرجوع على الناقل بسبب التلف أو الهلاك الجزئي ما لم يثبت المرسل إليه حالة الشيء ويقوم الدعوى على الناقل خلال تسعين يوماً من تاريخ التسليم. ٢ - ولا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول الدعوى وفقاً للفقرة السابقة.

أ - إذا ثبت أن الهلاك أو التلف نشأ عن غش أو خطأ جسيم صدر من الناقل أو من تابعيه.

ب - إذا ثبت أن الناقل أو تابعيه تعمدوا إخفاء الهلاك الجزئي أو التلف.

٣ - يكون إثبات حالة الشيء المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة بمعرفة أحد رجال الإدارة أو خبير يعينه القاضي المختص بأمر على عريضة.

وغنى عن البيان أن هذه الإجراءات والمواعيد القصيرة لا تنطبق إلا في العلاقة ما بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل، ولا محل لتطبيقها في العلاقة ما بين الساع والمشتري، فلو سكت المشتري مدة أطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٢٥١ من قانون التجارة لا يسقط حقه لمجرد هذا السكوت إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول عن حقه.

(انظر بودري وسينيا نقده ٣١٢ مكررة ثانياً ويشيران إلى المادة ١٠٥ تجاري فرنسي).

(٢) بودري وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعاً - دي باج ٤ فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم الدراوي فقرة ٢٥٢ - الأستاذ جميل الشراوي فقرة ٦٠ ص ١٩٧ - ص ١٩٨.

وإذا كان المبيع عيناً معينة بالذات، فإذا كانت قد وصفت حالتها في عقد البيع، وأدعى المشتري أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع للحالة الموصوفة في عقد البيع، لأنه هو المدين بتسليم المبيع في هذه الحالة التي كان عليها وقت البيع، فعليه عبء إثبات أنه وفي التزامه على هذا النحو كما سبق القول. وإن كان المبيع لم توصف حالته في عقد البيع، =

فإن ثبت تغير في حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسئولاً عن ذلك ، سواء كان التغير بحظه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشتري . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشتري الحق في الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سئرى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بظناً المشتري أو بفعله ، فعليه هو مغبة ذلك ، وليس له الرجوع بشئ على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشتري قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذى قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول (١) ، ويعتبر مخلاً بهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي (١) . ويتفرع على ذلك أن للمبيع

= فالمفروض بقاء الشئ على أصله ، وأن المبيع لم تتغير حالته عند التسليم عما كان عليه وقت البيع . وإذا ادعى المشتري غير ذلك فعليه هو عبء الإثبات ، وقد قدمنا أن لكل من المشتري والبائع أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة معانة المبيع أو تعيين خبير لمعاينته (انظر أنفاً فقرة ٢٩٤ فى الهامش) ، وهذا مما يسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشتري على البائع بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشتري على البائع بالعيوب الخفية فى المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما العيب الخفى فيفترض أن المبيع بحالته وقت البيع إلا أن فيه عيباً خفياً لم يكن المشتري يعرفه . ودعوى الفسخ للعيب الخفى تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة .

ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه دعوى النلظ فى المبيع ، إذ النلظ يفترض أن إرادة المشتري معيبة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو حالة مادية . والعلط جزاؤه دعوى لإبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة كما قدمنا . وكالغلط عدم العلم الكافى بالمبيع أو خيار الرؤية (انظر الأستاذ عبد المنعم البهراوى فقرة ٢٥٣ وشير إلى تعليقات الأستاذ هيمار فى المحلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٨ ص ١٥٧ و ص ٣٦٠) .

(١) إذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعة (وزارة الصحة) تعاقبت مع المطعمون عليه الأخير هو ومؤثر باقى المطعمون عليهم على توريد مسلى لمستشفياتها وأنها وردا لها رسالة أولى وجد بعضها غير مطابق للمواصفات المتفق عليها فى عقد التوريد فرفضت الطاعة قبولها واحطرت مفتش صحة مدينة القاهرة بذلك فأمر بضبط الرسالة واحطرت النيابة العامة فاستصدرت أمرا من القضاء بتأييد هذا الضبط ، وأن المطعمون عليهما إذا ارتصيا هذا الرفض قاما بتوريد كمية أخرى من المسلى بدلا من الرسالة الأولى قتلها الطاعة ، فإن الحكم بالمطعمون فيه وقد الزم الطاعة بثمن ما ثبت من التحليل صلاحيته من المسلى موضوع الرسالة الأولى تأسيساً على أن تسلم المطعمون عليهما لهذا القدر الذى ثبت صلاحيته يعتبر تسليمهما صحيحاً للشئ المبيع يوجب على المشتري أداء ثمنه المتفق عليه مع ان المسلى موضوع =

إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً قبل التسليم ، كانت تبعه الهلاك أو التلف على البائع كما سئرى .

وقد تتغير حالة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع . فإن كان هذا التغير بسبب أجنبي ، كأن التحقق طمى بأرض زراعية فزادت ، فإن الزيادة تكون من نصيب المشتري لا يدفع فى مقابلها شيئاً للبائع ، إذ أن للمشتري نعاء المبيع من وقت البيع كما أنه له ثمراته . وإن كان التغير بفعل البائع ، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك فى ملك الغير وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فإن كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب نزع ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشتري أن يستبقيه طبقاً للأحكام المتقدمة (٢) . وإذا كانت التحسينات كمالية ، فليس للبائع أن يطالب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختر المشتري أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (٣) . أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فإنه لا يرجع بشئ مما أنفقه على المشتري ، فقد قدمنا أن تبعه الهلاك أو التلف على البائع .

وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشئ آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئى لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فإذا كان المبيع من المثليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً فجزءاً (٤) .

٢٩٦ - وجود اتفاق خاص على حالة المبيع : وقد قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع فى الحالة التي كان عليها وقت البيع على النحو الذى بسطناها إنما يقوم إذا لم يكن هناك

= الرسالة الأولى قد استبدل به غيره ولم يعد هو المبيع الذى تلتزم الطاعة بأداء ثمنه طبقاً لعقد التوريد . يكون وقد أسس قضاءه على هذا الفهم الخاطئ مخالفاً للقانون بما يستوجب نقضه .

(جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٧١٨)

(١) نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) انظر فى كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٢/٩٨٠ مدنى .

(٣) انظر المادة ٣/٩٨٠ مدنى .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣١١ ص ٣١٣ و فقرة ٢٢٥ .

اتفاق خاص بين المتبايعين . فإذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فإنه هو الذى يسرى . والمشتري هو المكلف بإثبات وجود الاتفاق ، فإذا أثبتته وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلاً فى الحالة المتفق عليها (١) .

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع فى حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع فى حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشتري ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تنقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فإذا لم يفعل ، وكانت الحالة التى عليها المبيع فعلاً تفوت على المشتري غرضه من الشراء ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتنفيذ العيني ، كما أن له يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى . أما إذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشتري غرضه ، فإن البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشتري المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٢) (١) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذى بسطناه عند الكلام فى البيع بالعينة (٣) .

٢ - مقدار البيع

٢٩٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - إذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد .

٢ - أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٢ مكررة أولاً .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٢٥ - وانظر المادة ٤٢٠ مدنى .

(١) تنص المادة ٢٤٠ من التقنين المدنى على أنه إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها ومؤدى ذلك أن يقع على عاتق البائع الالتزام بتسليم شئ مطابقاً للعينة المتفق عليها ، فإذا لم يف بهذا الالتزام لم يكن له أن يطالب المشتري بإداء المقابل وهو الثمن .

(جلسة ١٩٥٩/١٠/١٥ الطعن ٢٢٢ لسنة ٢٥ ق من ١٠ ص ٥٦٧)

للتعويض ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه . وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتى :

«إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري فى طلب إنقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد ، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً» (١) .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المواد ٣٦٣/٢٩٠ - ٣٧٠/٢٩٦ (٢) .

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : ١ - «إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً على هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري . ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد ، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد . وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٦ فى المشروع النهائى - وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة «إذا عين فى العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً» بعبارة «إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً» فى صدر الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وفى لجنة الشيوخ اعترض على عبارة «عديم الجدوى» الواردة فى الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . ورأت اللجنة أن تستبدل فى الفقرة الأولى بعبارة «إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري» عبارة «إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد» . وذكر فى تقرير اللجنة أنه «قد جعل أساس للفسخ عدم إتمام العاقد للعقد لو أنه كان يعلم بوجود النقص ، أخذاً بالمعيار العام الذى وضع فى شأن الغلط» . وأضافت اللجنة إلى الفقرة الثانية عبارة «إذا كان المبيع غير قابل للتعويض» لزيادة الإيضاح . فأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ وص ٦١ - ٦٣) .

م ٤٣٤ : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٥ من المشروع التمهيدي مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ - ٦٦) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٦٣/٢٩٠ : على البائع أن يسلم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقاسه المبين له فى عقد البيع .

م ٣٦٤/٢٩١ - ٣٦٥ : الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض إذا بيعت جملة وتعين مقدارها مع تعيين الثمن باعتبار أحدها ، ووجد مقدارها الحقيقى أقل من المقدّر فى العقد ، فللمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً . وإذا زاد الموجود عن المقدار المعين ، فالزيادة للبائع .

م ٣٦٦/٢٩٢ : إذا كان المبيع من الأشياء التى تقاس أو تكال أو توزن ولا يمكن انقسامه بغير ضرر ، وكان قد تعين فى عقد البيع مقدار المبيع ونمته باعتباره واحداً ، ففى حالة وجود نقص أو -

-زيادة في المقدار المعين ، يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل مع دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي . أما إذا كان الثمن تعين جملة ، فللمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الأحوال المذكورة في المادة السابقة إلا إذا كان الغلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين .

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لفسخ البيع ، فعلى البائع رد الثمن الذي قبضه مع رسوم العقد والمصاريف التي صرفها المشتري بموافقة القانون .

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع ، إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً .

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن ، كذلك حق البائع في طلب تكميل الثمن ، يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد . (ملاحظة : كان هناك شك فيما إذا كانت هذه المدة مدة سقوط أو مدة تقادم ، فحسم التقنين الجديد الخلاف بالنص صراحة على أن المدة مدة تقادم) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن نصوص التقنين المدني السابق ما يأتي : ويتصل بتحديد المبيع أن يكون البائع قد ضمن للمشتري قدراً معيناً منه ، كما إذا كان المبيع قطعة أرض وبيعت على أنها كذا متراً أو كذا فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً مما يعد أو يوزن أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التقنين الحالي (السابق) نصوصاً كثيرة في هذا الموضوع . وهي نصوص مأخوذة من الشريعة الإسلامية (مرشد الحبران م ٤٤٨ - ٤٥٣ - المجلد م ٢٢١ - ٢٢٩) وتميز في الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . ففي الحالة الأولى ، إذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لأن المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . وإذا نقص المبيع ، فللمشتري أن يفسخ البيع أو يقيه مع إنقاص الثمن ، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما إذا تعين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هي التي تنطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، ولعين ثمنه بسعر الوحدة ، فإن زاد أو نقص ، كان المشتري بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقي ، لأن تجزئة المبيع في هذا الغرض لا تجوز إذ التبعيض يضر . فإذا تعين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فللمشتري الخيار بين الفسخ إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويعملون ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن مسمى جملة واحدة ، فيبان مقدار المبيع في مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . وإنما أعطى للمشتري حق الفسخ في صورة النقص ولم يعط للبائع هذا الحق في صورة الزيادة ، لأن المبيع كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا عذر المشتري الذي يجهل حالة شيء لم يكن في يده ، فلا عذر للبائع في أمر كانت الحيلة تقضى عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبعضها يكفي في استخلاصه القواعد العامة ، وبعضها ينطوي على شيء من التحكم ويحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين . فاقصر على نص يعتبر تلخيصاً لما تقدم من الأحكام وهو مقول عن التقنين البولوني والمشروع الفرنسي الإبطالي . ويقضى هذا النص بأن البائع يضمن للمشتري القدر الذي عينه للمبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجازرة عن قدر مسجوح به زيادة أو نقصاً . ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين ، كان للمشتري أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً .. (ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على عشرين) ، أو أن يتقص

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٤٠١-٤٠٢- وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٢-٤٢٤- وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٤٣-٥٤٦- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٢٢-٤٢٧(١).

- الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضرر) أن يكون أنقص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، قد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك . ولا فرق في حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة أو مقدراً جملة واحدة . أما إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصدوا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - لذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فإذا عين الثمن بسعر الوحدة ، فلا تميز بين ما يضره التبعيض وبين ما لا يضره ، بل يكمل المشتري الثمن في الحالتين بقدر زيادة المبيع ، فإن كانت جسيمة جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين ، ولا تعتبر من النظام العام ، فهي تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيرها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٥١) . ويلاحظ أنه أدخل على نصوص المشروع تعديل في لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضى بأنه في حالة الزيادة ، إذا كان الثمن معيناً بسعر الوحدة ، وجب التمييز بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وقد أورد النص الحكم في حالة ما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وسكت عن حالة ما إذا كان المبيع لا يضره التبعيض ، ويبدو أن الزيادة في هذه الحالة تكون للبائع كما سيأتي .

ثم جاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية في خصوص المادتين ٣٦٨/٢٩٤ و ٣٦٩/٢٩٥ : «ولم ير المشروع محلاً للكلام في أثر الفسخ (م ٣٦٨/٢٩٤) فهو خاضع للقواعد العامة ، ولا للنص على أن وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً (م ٣٦٩/٢٩٥) ، فإن هذا الحكم ظاهر لا حاجة للنص عليه ، بل إن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن - لا الفسخ وحده - يسقط إذا دلت الظروف على أن المشتري قد تنازل عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

هذا وقد أخذت نصوص التقنين المدني السابق - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - من مجموع أحكام الفقه الإسلامي (أنظر في أحكام الفقه مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ٧٦ - ص ٧٩ - وأنظر في تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي قرة ٣٢٠ - ٣٢٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠١ - ٤٠٢ (مطابقتان للمادتين ٤٣٣ - ٤٤٣ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا قرة ١٠٦ - قرة ١١٣)

التقنين المدني الليبي م ٤٢٢ - ٤٢٣ (مطابقتان للمادتين ٤٣٣ - ٤٣٤ م التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٣ : إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر أو العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ -

وتعرض هذه النصوص لفرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وقد عين

المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .

م ٥٤٤ : ١ - إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في بيعها ضرر أو من العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى لئنها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فللمشتري فسخ البيع وأخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن .

٢ - إذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يحل البائع عوضاً في مقابل الزيادة .

م ٥٤٥ : إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في بيعها ضرر أو من العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى لئنها بـسر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ - في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع .

٢ - وعلى كل حال لا تسمح دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليماً فعلياً .

(تتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة أو النقص في التقنين العراقي بخمسة في المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماح الدعوى في التقنين العراقي بثلاثة أشهر . وفي التقنين المصري مدة التقادم سنة . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٧١ - فقرة ١٧٧ - الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٢ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نص عليه في العقد ، مع مراعاة التعديلات الآتية بيانها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم المشتري ، عد تشبه ، الكمية المعينة في العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو تشبهت به المشتري ، تختم على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن . أما إذا وجد المحتوي زائداً عما هو معين في العقد ، وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوي المعين ، فللمشتري أن يختار إما أداء الزيادة في الثمن وإما الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، في الأحوال المعينة في المادة السابقة ، يقضى بالرجوع إلى مدرجات حرائط المساحة ، فلا وجه لرفع الثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس يتجاوز القدر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على عين معينة محددة أو على عقارات متميزة مستقلة ، سواء بدعاً بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم القياس بعده ، فإن بيان القياس لا يخول البائع حق استعادة الثمن إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً .

مقداره في عقد البيع (١) (١) ، فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المعين . مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر في العقد أن مساحتها ألف متر ، أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فدانا (٢) ، أو شيئاً معيناً مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جزافاً وذكر أن مقداره عشرون عدداً أو رطلاً أو أردباً أو ذراعاً . وفي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماض بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على الآخر بشيء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين في العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فتنشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين على الآخر . فنبحث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالة زيادة المبيع ، (٣) والدعوى التي تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

٢٩٨ - حالة نقص المبيع : إذا وجد بالبائع نقص ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب إعمال الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجاري في التعامل ، وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ

= م ٤٢٦ : وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستعادة الثمن ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن تقام في خلال سنة من يوم التعاقد ، وإلا سقط الحق في إقامتهما .

(ونصوص التقنين اللبناني مأخوذة من نصوص التقنين الفرنسي المواد ١٦١٦ - ١٦٢٣)

(١) أما إذا لم يعين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يعتقده المشتري أو أكثر مما يعتقده البائع ، فلا يلحق في العقد إلا بالغلط إذا توافرت شروطه (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٣٢) .

(١) تطبيق المادة ٤٣٤ من القانون المدني في حالة الادعاء بوجود عجز في المبيع محله أن يكون البيع على عين معينة مفرزة ذات مقياس أو قدر معين ولم يتم البائع بالتسليم على النحو الذي التزم به بأن سلم المبيع أقل قدر ما هو متفق عليه .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ الطعن ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق من ١٧ ص ٢٠٥)

(٢) أ - لا يجوز للمشتري لغير مفرز في العقار الشائع أن يطالب بالتسليم فوراً لأن البائع له - الشريك على الشيوع - لم يكن يملك وضع يده على حصته مفرزة قبل حصول القسمة إلا برضاء باقي الشركاء جميعاً ، ولا يمكن أن يكون للمشتري حقوق أكثر مما كان لسلعه ، هذا إلى ما يترتب على القضاء بالتسليم في هذه الحالة من امراز ، لجزء من المال الشائع بغير الطريق الذي رسمه القانون .

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ الطعن ٣٤١ لسنة ٣٩ ق من ٢٥ ص ١٣٢٤)

لا يرجع المشتري على البائع بشئ من أجل هذا النقص (1)(1). فإذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه ، كان للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع ، ولكن هذا لا يتحقق فالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشتري ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيماً بحيث لو كان يعلمه المشتري لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع ، عندما جعل جزاء النقص في مقدار المبيع دعوى أنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة ، ففي جميع هذه الفروض يكون

= ب - لن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشتري قبل تسجيل البيع إلا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد ، وبذلك تكون للمشتري ليرة المبيع من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن ٥٣٢ لسنة ٢٤ ق س ٢٠ ص ١٥٠)

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ الطعن ١٩ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ٤٥٣)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣ الطعن ١٨٣٩ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١١١٦)

(١) استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ - ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٦ - وفي بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم ، لم يكن البائع مسؤولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة في الزراعة (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨). فإذا طرأ طارئ ، كنقص في مياه الري أو فيضان ، وجب عليه إخطار المشتري حتى يتمكن هذا من المعاينة والتعويض بقدر الإمكان ، وإلا كان البائع مسؤولاً (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ - ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ - ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٧ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩٦ ص ٢١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦). ويجب أن يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لا على كمية معينة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩). وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يضمن (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢). وقد يشترط المشتري على البائع ضمان العجز فيضمن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١). وقد يكون تخليد الكمية في ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فيتقيد بهذه الكمية (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤).

(١) إذا كانت محكمة الموضوع قد قامت بفحص العينة وأجرت مقارنة بينها وبين البضاعة المبيعة فأسفر بحثها عن مطابقة البضاعة للعينة في خصائصها التي رأت أن المتعاقدين قصدها ، فليس من =

للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع (١). وقد كان التقنين المدني السابق يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له . ففي حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ (م ٣٦٤/٢٩١ مدني سابق)، سواء قدر الثمن بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة . وفي هذا يتفق أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يحتم إنقاص الثمن بنسبة النقص في مقدار المبيع (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) ، وكان لا يجعل للمشتري دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص في مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ (م ٣٦٧/٢٩٣ مدني سابق). وفي حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبويض ، وكان الثمن قد قدر بسعر الوحدة ، كان للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المتقدم (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق). إما إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة والمبيع غير قابل للتبويض ، فلم يكن للمشتري إلا دعوى للفسخ إذا كان النقص يزيد على ١/٢٠ ، أو إبقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) ، فلم يكن يجيز إنقاص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد (١). وذلك أن التقنين السابق كان يعتبر القدر في المبيع إذا بيع بثمن مقدر جملة واحدة وصفاً لا أصلاً ، والوصف لا يقابله شئ من الثمن ، فإذا نقص القدر لم ينقص الثمن.

٢٩٩ - حالة زيادة المبيع : وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ،

= استظهارها في هذا المقام وجود اختلاف طفيف بين العينة والبضاعة مما ينبغي المطابقة طالما أنها قد انتهت بما لها من سلطة التقدير في هذا الصدد إلى عدم الاعتداد بهذه الفروق باعتبارها فروقاً لا يؤبه لها ولا يؤثر وجودها على اعتبار البضاعة مطابقة للعينة . (جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ الطعن ١٦٩ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٦٥٩)

(١) أ - مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ من القانون المدني أن البائع يضمن للمشتري القدر الذي تعين للمبيع بالمقد ، وذلك دون تمييز بين ما إذا كان الثمن قد قدر بالعقد بسعر الوحدة أو تعين به جملة واحدة ، بل جعل المشرع للمشتري الحق في هذا الضمان إذا وجد عجزاً في المبيع بطلب أنقاص الثمن أو فسخ البيع بحسب الأحوال طالما أن مقدار المبيع قد تعين في العقد

(جلسة ١٩٧٠/١١/٣ الطعن ٢١ لسنة ٢١ ص ١١٠٥)

ب - متى كان النزاع قد دار بين الطرفين أمام محكمة الموضوع على أمر واحد هو مقدار كمية الحديد التي تم التعاقد عليها ولم يتمسك المشتري صراحة لدى تلك المحكمة بالمطالبة بقيمة العجز الذي يدعيه فإنه لا يكون هناك محل لآثاره المحل بشأنه أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٥٧/٤/١٦ الطعن ٢٣١ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٤٧٩)

(١) فإذا أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سري التقنين السابق ، ولا يفسرى التقنين الجديد.

وحسب العمل بالعرف . فان لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (١) أو مقدراً جملة واحدة .

فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبويض (١) ، فالزيادة لئلا . ذلك أن الزيادة لم تدخل في البيع ، والمبيع لا يضره التبويض (٢) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبويض ، فالنص صريح في أنه يجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدني) . ذلك أن القدر في المبيع ، وإن كان المبيع غير قابل للتبويض ، يعتبر أصلاً لا وصفاً ما دام الثمن قد قدر بحساب الوحدة ، والأصل مقابل بالثمن . فإذا زاد المبيع وجب على المشتري تكملة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للبائع حق الرجوع على المشتري بدعوى تكملة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة

(١) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر في العقد إلى جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالمجموع في هذه الحالة لا يعدو أن يكون عملية حسابية هي حاصل ضرب سعر الوحدة في مجموع الوحدات (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٣٢٣ - الأستاذ عبدالمعتم البدراني ص ٣٩٦ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٣٤ هامش ٢) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع للتمهيدى ، فهي تجعل قدر المبيع وصفاً لا أصلاً - فلا يقابله شيء من الثمن - إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له . ويترتب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتكون للمشتري إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦١) .

(١) - أ - إذا كان البيع ، انصب على قدر معين وتم سعر الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبويض لأن ضرر - كما هو الحال بالنسبة للفحم الكوك موضوع الدعاوى - فإن ما يستولى عليه المشتري زيادة على القدر المبيع لا يشمل عقد البيع ولا يجبر البائع على بيعه بنفس السعر . ومن ثم لا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه غير حق زائداً عن القدر المبيع مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى في شأنها التقادم الحوئي المنصوص عليه في المادة ٤٣٤ من القانون المدني .

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١٧٧٧)

ب - النص في عقد البيع على أن مساحة الأرض المبيعة المحددة في العقد وما يقابلها من ثمن تحت المحر والزيادة حسب ما تظهره بيانات المساحة من عجز أو زيادة فيما بعد تتم المحاسبة وفقاً للسعر المتفق عليه وقت التعاقد لتحديد ثمن القدر الزائد في الاطيان المبيعة وما إذا كان بالسعر المتفق عليه وقت التعاقد أو بالسعر في وقت رفع الدعوى مسألة قانونية يفصل فيها قاضي الموضوع وليس حيز الدعوى .

(جلسة ١٩٩٦/١١/٢١ الطعن ٩٦٠ لسنة ٦٠ ق)

حسمة بحيث تكون تكملة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجعل المشتري يزهد في المبيع ويود لو أنه لم يتعاقد ، ففي هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع ، فلا يعود ملزماً بتكملة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق ، فكان المشتري بالخيار بين تكملة الثمن أو فسخ البيع ، إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر من ١/٢٠ (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع في هذه الحالة يعتبر وصفاً لا أصلاً على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، ولو وصف لا يقابله شيء من الثمن . ومن ثم يكون للمشتري أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يدفع شيئاً للبائع في مقابل الزيادة ، ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع للتمهيدى من أنه «إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصد أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - ولذلك يبقى البيع ، ولا يطالب المشتري بزيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك» (١) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

٣٠٠ - تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته : ويخلص مما قدمناه أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعاوى ثلاث : (١) دعوى إنقاص الثمن ، تكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع على النحو الذي قدمناه . (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشتري أيضاً إذا كان هناك نقص جسيم في المبيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبويض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة . (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة في المبيع وكان لا يقبل التبويض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦١ - ويرر هذا الحكم أن المبيع كان في يد البائع وكان في وسعه أن يعرف مقداره . فإذا قصر في ذلك ، وباعه بثمن مقدرة جملة واحدة ، فيس له أن يحتج بتقصيره بل دل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع .

(١) تطبيق المادة ٤٣٣ من القانون المدني بشأن مسؤولية المشتري عن تكملة الثمن إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد والمادة ٤٣٤ منه بشأن تقادم حق البائع في طلب تكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً ، بما يكون وفقاً لما صرح به المادة ٤٣٣ في صدرها في حالة ما إذا كان مقدار المبيع قد عيّن في العقد ، أما إذا لم ينعين مقداره أو كان بينا به على وجه التقريب فإن دعوى البائع لا تتقادم بسبب بل تتقادم بحسن عشرة سنة ، وما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه استبعد تطبيق التقادم الحوئي على دعوى الشركة والباقة - بمطالبة الطاعنين - من ورقة المشتري - بثمن الأرض الرائدة بعد أن حص إلى مقدار المبيع لم يعين في العقد واستدل الحكم على ذلك بالعبارة التي وردت في قرار المورث من أن الأرض التي =

وقد راعى المشرع فى هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ، فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هى سنة واحدة (م ٤٣٤ مدنى) ، حتى لا يبقى البائع (١) مهتدا مدة طويلة يرجوع المشتري عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشتري كذلك مهتداً مدة طويلة يرجوع البائع عليه بتكملة الثمن (٢) .

اشترها من الشركة وقدرها ١٥ ف (تحت المساحة) وبما جاء فى البند الأول من عقد البيع من ان الحد الغربى للارض المبيعة هو باقى تلك الشركة ، فان هذا الذى أورده الحكم يتفق مع صحيح القانون ويقوم على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٧٢٧)

(١) والبائع هو المسئول ولو كان قبل البيع شريكاً فى الشبوع ثم أفرز نصيبه وباعه مفرزاً ، فان الشريك الآخر لا شأن له بالعجز الذى يظهر فى البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت حالة الشبوع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تصرف فى حصته مالكا لها منكاً مفرزاً محدداً ، فان أيهما لا يضمن فى هذه الحالة إلا المساحة التى يبيعها على التحديد فى عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأى عجز يظهر فى البيع . وذلك لأن تحميل كل منها نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشبوع بينهما ، أما بعد القسمة فان كلا منهما يتحمل العجز الذى وقع فى الحصة التى انتص بها (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٩ ص ٧٢) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمزاد الجبرى (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٥) - هذا ولا تسرى مدة التقادم هذه إلا لعجز أو زيادة فى مقدار المبيع الذى تعين فى العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشتري لقطعة أرض أخرى يدعى أن البيع يتناولها ضمن المبيع ، أو بطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشتري دعوى الضمان ، أو كان الثمن مقدراً تقديراً وقتياً على أن يقدر نهائياً بعد تقرير البائع - ففي جميع هذه الأحوال لا تتقادم الدعوى - وهى ليست دعوى عجز أو زيادة - بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهى المدة العادية للتقادم (استئناف وطنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٤ ص ٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٤٩ ص ٨٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥٤ ص ٥٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد على أمام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٠ - ٣٢١ ص ٣٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ١٣٩ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٢٥٧ وقرة ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تمهد بخصوص حصل بعد عقد البيع الأصلى وتمهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التى تظهر =

ويبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليمياً فعلياً ، ففي هذا الوقت يستطيع المشتري أن يتبين ما إذا كان البيع فيه نقص يوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوقى دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليمياً فعلياً ، إذ التسليم الفعلى وحده دون التسليم الحكمى هو الذى يهيم أسباب العلم بما تقدم وانفسح المجال للبائع لنفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشتري تسليمياً فعلياً ، فلا يسرى تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت ، لأنه يتبين عادة فى هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق فى طلب تكملة الثمن (١) .

وقد كان التقنين المدنى السابق هو أيضاً يجعل مدة التقادم لهذه الدعاوى الثلاث سنة واحدة (٢) ، ولكنه كان يجعل السنة تسرى من وقت البيع (م ٣٧٠/٢٩٦ مدنى

= فى مساحة الأطياف المبيعة (استئناف وطنى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣)

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدنى قد قضت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف على المدة التى عينها القانون (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدرائى فقرة ٢٥٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة العجز فى المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير فى المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ الميعاد المتفق عليه (استئناف وطنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٢٥) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشتري فى الرجوع على البائع بسبب عجز المقدار قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بالعجز مما يفهم منه أنه نزولاً ضمنياً عن حقه (انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدنى سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ فى الهامش - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ - الأستاذ محمد على أمام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٤ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٠٠ هامش ١) .

ويجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف وطنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٣٩) .

(١) وغنى عن البيان أنه إذا سقطت دعوى البائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم الفعلى ، لم يعد هناك مقتضى لدعوى المشتري بفسخ البيع ليتفادى دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ فى هذه الحالة تكون هى أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق بأن مدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٢/٤٢٦ ص ٨٦٥) . ولكنها قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل إلى اليوم التالى استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩)

سابقاً، أى فى وقت يصح ألا يكون المشتري أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواه ، ومن أجل ذلك كان هذا الحكم موضوع انتقاد^(١).

وعنى عن البيان أن مدة السمة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يحمله قانوناً (م ٢/٣٨٢ مدى) ولكنها تكون قابلة للانقطاع^(٢).

٣ - ملحقات المبيع

٣٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدنى على ما يأتى .

«يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين»^(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ وطى والمواد ٢٥٨-٣٦٢ مختلط^(٢).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٧٢ من مشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥ - يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . ٢ - فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه الملحقة به ولا يشمل مقولاً يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الأراضى الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول . (ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مفروسة ، ولا يشمل لشمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل . (د) بيع الحيوان يشمل صغاره التى يرصعها كما يشمل الصوف والشعر المهيأ للجزء . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية «لأنها تتضمن تفاصيل لا ضرورة لها» ، وبقيت الفقرة الأولى وحدها مطابقة لما سطر عليه النص فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح النص رقم ٤٤٥ فى المشروع النهائى ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٤ - ص ٥٥ و ص ٥٧)

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٥٧/٢٨٥ : يجب أن يكون التسليم شاملاً لمبيع وجميع ما يعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين .

م ٢٥٨/٢٨٦ : فى حالة عدم وجود شرط فى عقد البيع تنبع القواعد المقررة فى الأحوال الآتية بيانها ، إن لم يقض عرف الجهة بغير ذلك

م ٣٥٩ مختلط : بيع البقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع .

م ٣٦٠/٢٨٧ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المفروسة ، ولا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعة فى الأوعية أو فى بقعة مخصوصة من المساحة للنقل

م ٣٦١/٢٨٨ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من المروعات .

م ٢٨٩ وطى : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من مقولات التى يمكن نقلها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من مقولات التى يمكن نقلها بدون تلف وفضلاً عن ذلك يتبع فى هذه المادة عرف البلد .

(ولا فرق فى الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقسيم السابق ، لا سيما إذا رجعا إلى ما حذف من نص المشروع التمهيدى فيما قدمناه باعتباره تطبيقاتاً لمقواعد العامة)

(١) ولذلك كان لقضاء فى بعض أحكامه يجعل مبدأ سريان السمة من وقت التسليم الفعلى (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ إمامة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧) . ولكنه فى أكثر الأحكام كان يجعل مبدأ سريان من وقت العقد تطبيقاً للنص الصريح (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ - ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ - ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٧ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قصت بأن اتفاق المتبايعين على مقياس المبيع فى وقت معين لمعرفة العجز أو الزيادة يجعل مبدأ سريان التقادم هو وقت لمقاس لا وقت العقد (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦) .

وقد جاء فى المذكرة لإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «يتبين مما تقدم فى المادة لسابقة - أن هناك حالات يطلب فيها المشتري أنقص الثمن إذا نقص المبيع نقصاً غير جسيم ، أو الفسخ إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشتري على طلب الفسخ . وفى هذه الحالات جميعاً تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى أنقص الثمن أو فى زيادته بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمياً حقيقياً . وهذا الحكم أصلح عيباً فى التقنين الحالى (السابق) ، إذ جعل التقادم يسرى لا من وقت انعقد (٣٧٠/٢٩٦) ، بل من وقت تسليم الحقيقى للمبيع ، فلا يكفى التسليم لصورى . وظاهر أن تسليم الحقيقى وحده هو الذى يهين للمشتري وللبائع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى لمبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥)

وبلاحظ أنه إذا أبرم عقد بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ عن هذا العقد دعوى نقاض ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة فى المبيع ، فإن التقادم يسرى من وقت انعقد وفقاً لأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا كان البيع قد أبرم فى تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين الجديد هى التى تسرى ، ولا يبدأ التقادم إلا من وقت تسليم لمبيع تسليمياً فعلياً . وقد ورد نص صريح فى هذه المسألة ، إذ نصت المادة ٢/٧ مدنى على ما يأتى : «عنى أن نصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة بدء التقادم ووقته وانقطاعه ، وذلك على ائدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة» .

(٢) الأستاذ حميل الشرفاوق فقرة ٦٠ ص ٢٠٤

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢١ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٣٦ = ٥٣٧ وفي تقنين الموجبات والعقود اللباني المواد ٤١٨ - ٤٢١^(١) . فتسليم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ويحدد أولاً ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحدد ما تشتمل عليه الملحقات في حالا معينة .

٣٠٢ - تحديد معنى ملحقات المبيع : تقول المادة ٤٣٢ مدني كما رأينا ، إن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . ويوهم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع غير ملحقاته ، والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشيء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته^(٢) . فيلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشيء .

(١) لتقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - فقرة ١٠٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢١ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٦ : على البائع أن يسلم المبيع ونوابه إلى المشتري عند نقده الثمن م ٥٣٧ : يدخل في البيع من غير ذكر : (أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبعيمها الرضيع . (ب) نوابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار ، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار . (ج) كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي ، الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ - فقرة ١٧٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٨٥ - فقرة ٣٩٢) . تقنين الموجبات والعقود اللباني م ٤١٨ : موجب تسليم الشيء يشمل ملحقاته .

م ٤١٩ : إن تسليم العقار يشمل أيضاً الثوابت الحكومية ، فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : أولاً صغيره الرضيع .

ثانياً : الصوف أو الشعر الذي حل ميقات جزء .

م ٤٢١ : إن المقومات والأشياء الثمينة الموجودة ضمن شيء من المقولات لا تحسب داخله في البيع ، إلا إذا صر على العكس .

(وأحكام التقنين اللباني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٣١٤ ص ٣١٧ .

يحسن لهذا الغرض التمييز بين ملحقات الشيء وبين ما يقرب منها وقد يحتلط بها . فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . فالدار مثلاً تشتمل على الأرض التي تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة أن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك ، فهذا كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشيء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل في أصل الشيء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فإذا بيع حيوان مثلاً ، فنماء الحيوان أي كبره في الفترة ما بين البيع والتسليم داخل في أصله وليس ملحقاتاً به ، وإن كان قد حدث بعد البيع ، والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل في أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها^(١) ، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع^(٢) . ومنتجات (produits) الشيء ليست من أصله ، بل هي تتولد منه ولكن بصفة عارضة لا بصفة دورية . فالمعادن التي تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التي تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذي يولد بعد البيع لا قبله^(٣) ، كل هذه منتجات الشيء ، فلا تدخل في أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشيء هي أيضاً ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هي ما يتولد من الشيء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وريع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشيء فهي ليست من أصله ، ولا من نمائه ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهي شيء غير الأصل والنماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي مستقل عن الأصل ، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة - لا بصفة مؤقتة - ليكون تابعاً للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى يتهيأ للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالملحقات هي إذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدني هي «كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء» . فإذا كانت معدة بصفة مؤقتة لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي والآت لزراعة أرضه ، فإنها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شيء آخر ، على الوجه الذي قدمناه ، أو لا يعتبر ،

(١) قارن بودري وسينيا فقرة ٣١٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٥ .

(٣) أما قبله فقد يكون من الملحقات .

يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات^(١) ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المشاتل والشطأ من الملحقات ، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق بين المتبايعين^(٢) . فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمل التسليم . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطابقة طائع الأشياء ، مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التي سورها .

والمشتري يملك أصل البيع ونماءه بعقد البيع ، لأن الأصل والنماء - وهو جزء من الأصل - يدخلان مباشرة في العقد . ويتملك المنتجات والثمرات لأنه مالك للأصل الذي تولدت منه المنتجات والثمرات ، ومن ملك الأصل ملك ما تولد منه . ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً في عقد البيع ، ويشملها التزام التسليم . ونرى من هذا أن ملكية المشتري للثمرات ترجع إلى سبب غير السبب الذي يملك به الملحقات ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك^(٣) .

٣٠٣ - تطبيقات مختلفة في ملحقات البيع : ونورد بعض تطبيقات توضح ما هي الأشياء التي يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع في أحوال معينة .

فالمبيع بوجه عام ، أي كان ، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كمستندات الملكية^(٤) ، وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسري في حق المشتري وصورة من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعي عليه في الأرض التي اشتراها مؤسساً على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مظل محكوم به في مواجهة البائع ، فقد التزم - التزاماً شخصياً - بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق ، فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون ، ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذي قرر حق الارتفاق في مواجهة البائع حجة على المشتري رغم عدم تسجيله قد خالف نص المادة الثانية من قانون التسجيل (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٢ ص ٧٠٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٣ .

(٣) استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ١٣ - نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان الاستحقاق) .

(٤) المبيع ينتقل إلى المشتري بالحالة التي حددها الطرفان في عقد البيع - وإذا كان - الثابت أن البائعين للطاعة قد حرصنا في عقد البيع بنفي وجود أي حق ارتفاق للعقار المبيع فإن القول بانتقال هذا الحق إلى المشتري رغم وجود النص المانع يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٧٠/١/١٥ مجموعة أحكام القضاء السنة ٢١ ص ١١٢)

المستندات التي يستبقها البائع لتضمينها حقوقاً أخرى غير حق لمشتري^(١) . ويصح بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ، وكذلك بوالص التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشتري بالنسبة إلى هذه البوالص خلعاً خاصاً^(٢) .

وإذا كان المبيع منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات

(١) أنظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد وتصر على أن يتم البائع أن يرود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم الأوراق ومستندات حتمية بهذا الشيء . وقد سبق القول إن هذه المادة قد حذفت في لجنة المراجعة لأنها مستعدة من قواعد العامة : نصر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١

(٢) وكذلك تنتقل الدعاوى التي تكون لبائع بالسنة إلى الشيء المبيع ، كما لو كان مبيعاً رُضاً ونزعت ملكية جزء منها فينتقل التعويض إلى المشتري ، وكما إذا كان المبيع منزلاً فينتقل إلى المشتري دعاوى البائع بالصحة قبل المهندس والمقاول المدين قاناً بساء المنزل (بلايول وريير وهمل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠) ، ولكن لا تنتقل الدعاوى التي لا يدخل فيها المشتري مع البائع كحذف حصر ، من ذلك دعاوى التعويض التي تكون للبائع عن إتلاف وتخریب في المبيع من غير وقع قبل بيع . ومن ذلك دعاوى الغبن التي قد تكون للبائع قبل بائه (أسيكويدي دالور ٥ لفظ Vente فقرة ١٠٥٠ - فقرة ١٠٥١) . وتنتقل إلى المشتري دعاوى الصمدن - صمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية - التي للبائع قبل بائه (أسيكويدي دالور ٥ لفظ Vente فقرة ١٠٧١)

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوباً فيه على أن كل ما يحدده المستأجر في الأعيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع ، فينتقل بحكم القانون إلى المشتري ، وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام لنقض رقم ١٦ ص ٨٣)

(١) - متى كان عقد الإيجار منصوباً فيه على أن كل ما يحدده المستأجر في الأعيان لمؤجره من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان فكل حقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات البيع فينتقل بحكم القانون إلى المشتري وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان

(جلسة ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة أحكام القضاء السنة ٣ ص ٨٣)

ب - أنه ولئن كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل إلى المشتري قبل تسديد عقد البيع إلا أن بائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد ، وبذلك يكون للمشتري ثمرة مبيع من تاريخ إبرام البيع ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ الطعن ٥٣٢ لسنة ٣٤ ق ص ٢٥ ص ١٥٠)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٣ الطعن ٢٥٣١ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٢/١ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق)

المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف . ويرتب على ذلك أن الأفران المثبتة في المطابخ والمغاسل (بنوار) المثبتة في الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تعلق به المزايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة (١).

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات حقوق الارتفاق لما قدمنا ، والمزروعات غير الناصجة دون المزروعات الناصجة فهذه لا تدخل (٢). ودخل في الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (م ٥٣٧ مدني عراقي). فإذا كان المبيع «عزبة» ، دخل في ملحقاتها المواشي والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك المخازن ووزابي المواشي وبيوت الفلاحين ونحو ذلك (٣). وكذلك يدخل من هذه الملحقات بنسبة ما يباع من العزبة على الشيوع ، أما إذا بيعت العزبة أجزاء مفردة لم تدخل هذه الملحقات تبعاً لأي جزء مفرد منها ، بل تبقى للبائع (٤).

(١) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٢) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذي حصده البائع وخزنه إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذي يدخل هو المحصول الذي لم ينضج باعتباره من ملحقات الأرض ، أما ما نضج منه ويمكن جنيه في وقت قصير فلا يدخل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٤). ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٢ (لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق : أنظر منيا القمح ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٥ ص ٥٤ - كفر صقر ٨ يولي سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٥ ص ٦٥).

(٣) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر في ملحقاتها بيوت ومبان تكون عزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه العزبة تصل إلى فدان والأرض المبيعة كلها لا تزيد على ٤٢ فداناً (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) - ولا يدخل دون ذكر المواشي في الأرض الزراعية التي امتنع على البائع نقلها بسبب إجراءات صحية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨). ويدخل تبعاً للأرض البخل المزروع فيها (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥). ويقضى العرف بالألا تدخل السواقي دون ذكر (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥). أما الدوار فيحسب قصد المتبايعين (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١).

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل في بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو وابورات أو مواش أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة في عقد البيع دخولها ضمن المبيع ، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الوابورات وكان نص عقد البيع قاصراً على الأراضي اعتبر البيع عن الأرض فقط (استئناف وطني ٣ يونيو سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ٢٢١)، ولا تدخل في بيع الأراضي المخازن المدة لحفظ الحصاد حتى المسمى منها في الأراضي ولا الآلة البخارية لرى هذه الأراضي مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شيء صريح في عقد البيع (استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨).

(٤) بودرى وسيبيا فقرة ٣١٥ .

وإذا كان المبيع يستاناً (أرض جنائين) ، دخل في ملحقاته الأشجار المغروسة والشمار التي لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل في الملحقات الأثمار الناصجة ، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل (الشطأ أو المشتل) (١).

وإذا كان المبيع مصنعاً ، دخل في ملحقاته المخارن التي تودع فيها المصنوعات والمنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان المبيع متجراً ، فإن البضائع وعقد إيجار المكان الذي أقيم فيه المتجر والاسم التجاري (٢) «وماركة الفابريكة» والعملاء وعقود المستخدمين والعمال والتزامات المتجر وديونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهي أجزاء وليست مجرد ملحقات له (٣). أما ملحقاته فهي بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل في ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذي شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من منتجاته ويدخل في البيع كما قدمنا. ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز (٤)، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فإن عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها (٥).

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فإن حق طبعه مرة أخرى - طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال - يكون من ملحقات المبيع (٦). ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ

(١) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٢) مع إضافة عبارة تفيد خلافة المشتري للبائع في متجره إذا كان الاسم التجاري هو الاسم الشخصي للبائع .

(٣) قارن بودرى وسيبيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على أنه «لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبنية في العقد، فإذا لم يبين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز، لم يقع الا على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية». وهذا التحديد خاص بما يتناوله امتياز البائع لا بعناصر المبيع، لأن العناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨).

(٤) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنظر أيضاً فقرة ٣٠١ في الهامش) .

(٥) وإذا كان المبيع سيارة ، دخل في ملحقاتها الترخيص المحدد لها في الطيران ، لا سيما إذا كان المشتري قد اشترط ذلك على البائع (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠).

(٦) بودرى وسيبيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ أبريل سنة ١٩٠١ في فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل في البيع إلا بشرط خاص (كولان وكاييتان ٢ فقرة ٨٩٦ ص ٥٩٧).

من مؤلفه دون أن يبيع حقه كمؤلف ، لم يجوز للمشتري أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان لمبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل في ملحقاته المستندات التي شتمت على سر الاختراع وكيفية الإفادة منه إفادة كاملة (١) .

وإذا كان المبيع أسهماً وسدات . فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة قبل البيع لا تدخل في الملحقات إلا باتفاق خاص . أما قسائم الأرباح التي تستحق بعد البيع (٢) فهي من الثمرات لا من الملحقات ، وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءاً من لسد ، أو هي في القليل من منتجاته .

وإذا كان المبيع مقولاً آخر ، دخل في ملحقاته الصندوق الذي يحتويه أن وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل في الملحقات الأشياء الثمينة التي قد توجد ضمن المنقول ، كما إذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل في ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٣) .

المطلب الثاني

كيفية يتم التسليم

٣٠٤ - طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقاته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون في الأصل على البائع .
فنبحث إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم

١ - طريقة التسليم

٣٠٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه لذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة

(١) بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠

(٢) استشاف محتط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٥

(٣) انظر المادة ٤٢١ من تقنين الموححات والعقود اللسانى (أنفاً قمر ٣٠١ في الهامش) .

المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٤٢/٢٧١ - ٣٤٤/٢٧٣ (٢) .
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٣٨ - ٥٤٠ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٠٢ - ٤٠٤ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه . ٢ - ويكون تسليم المبيع على النحو الذي يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التمليك ، أو بتخلى البائع له . ويكون تسليم المنقول بالمناولة أو بتسليم مفاتيح المكان الذي يوجد فيه ، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالتخليص في استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شيء وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء دون عائق . ٣ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة « ما دام البائع قد أعلمه بذلك » بعبارة « ما دام يعلم أن المبيع تحت تصرفه » ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧ و ص ٦٩ - ص ٧١) .

(٢) التقنين السابق م ٣٤٢/٢٧١ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو يتسلمه بالفعل . م ٣٤٣/٢٧٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها ، فتسليم العقار إذا كان من المباني يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر فتسليم حججه ، وهذا وذلك إن لم يكن مانع لوضع يد المشتري بحليه . وتسليم المنقولات يكون بالمناولة من يد إلى يد ، أو بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد زيادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجود تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر . م ٣٤٤/٢٧٣ : تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سندها ، أو بتصريح البائع المشتري بالانتفاع بها إن لم يوجد ما يمنع من الانتفاع المذكور .

(ولا تختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ٤٠٣ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ - فقرة ١٣٠) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٤ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري) .

التقنين العراقي م ٥٣٨ : ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلى بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل . ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه الساع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر

ويتبين من النص أن التسليم أما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليماً حكماً .

٣٠٦ - التسليم الفعلي : يكون التسليم الفعلي ، كما تقول الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدني فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي ينطوي إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري ؛ ويشترط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشتري أن يكون هذا متمكناً من حيازته . حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) . ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستولي على المبيع استيلاءً

= إذن من البائع له في القبض .

م ٥٣٩ : إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .

م ٥٤٠ : ١ - إذا أجز المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه ، أو باعه منه ، أو وهبه لياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع . ٢ - وإذا أجزه قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه المالك قام هذا القبض مقام قبض المشتري .

(والأحكام في التقنين العراقي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٨ - فقرة ١٦٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٨٤) .

تقنين الموجهات والعقود اللبناني م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وإن ينتفع به بدون مانع .

م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولاً - إذا كان المبيع عقاراً فبالنقل عنه وتسليم مفاتيحه عند الاقتضاء ، بشرط ألا يلقى المشتري إذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانياً - إذا كان المبيع من المنقولات ، فبالسليم الفعلي أو بتسليم مفاتيح المبنى أو العنائد المحتوية على تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً . ثالثاً - يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، إذا كان إحضار المبيع غير ممكن في ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري لسبب آخر . رابعاً : ويتم أيضاً بتحويل أو تسليم شهادة الإيداع أو سد الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة .

م ٤٠٤ : إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلاً ، يكون بتسليم الأمانات التي تثبت وجود الحق ، أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال - وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استعماله يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعلى البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .

(والأحكام في التقنين اللبناني لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري) .

(١) استئناف محظوظ ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥ .

مادياً ، وما دام المشتري متمكناً من هذا الاستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل أن يستولي المشتري على المبيع (١) ، وحتى لو لم يستول عليه أبداً (٢) . ذلك أنه - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣) - إذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع ، فإن التسليم وهو حيازة المشتري بالفعل للمبيع التزام في ذمة المشتري (٤) .

(٢) أن يعلم البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه على النحو المتقدم الذكر . وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٥ مدني يقول في ذلك عن المشتري : « ما دام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه » ، وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « ما دام البائع قد أعلمه بذلك » ، وقصد بهذا التعديل « ضبط الحكم » (٥) . ويظهر من ذلك أن أريد ألا يكون علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه وبين البائع ، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشتري مستمداً من البائع نفسه حسماً لكل نزاع محتمل . فيجب إذن ، حتى يتم التسليم ، أن يخطر البائع المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الأخطار ، فقد يكون بانذار رسمي إذا أراد البائع الاحتياط الشديد ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع

(١) بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٠ ص ٧٥ .

(٢) وبخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته ، فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازة ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستولي عليه استيلاء مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . وإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً يمكنه من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً في تسلمه من المخزن الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودري وسينا فقرة ٢٩٨ - بلانبول وريبير وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذي لم يعقبه تسليم في بعض الأحيان تسليماً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلي الذي يعقبه التسليم (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٦ ص ١٣٦) . ونؤثر أن نحفظ بعبارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادي ، أعقبه التسليم أو لم يعقبه ، تمييزاً له عن التسليم الحكمي الذي منعرض له فيما بعد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) وقد يبادى المشتري البائع فيقبض المبيع دون اعتراض من البائع ، فيكون هذا تسليمًا صحيحاً يبرئ ذمة البائع من التزامه . ويقول التقنين المدني العراقي في المعنى في الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ : « وإذا قبض المشتري المبيع ورأه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذنًا من البائع له في القبض » (أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش) .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ - وأنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

على البائع عبء إثبات أنه قام بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع المبيع تحت تصرفه (1).

ومتى اجتمع هذان العنصران: فإن البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم المبيع (1)(2).

(1) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ - ٦٩ - وفي بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشتري للمبيع، فالتسليم غير التجربة وهو يسبقها عادة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٣٧). ويجوز للبائع، لإتمام التسليم، أن يعرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً، وعرضه على المشتري أمام المحكمة البضاعة المباعة هو عرض حقيقي (نقض مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١، مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠).

(1) أ - الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، كما أن البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التي هو عليها وقت تحرير العقد طبقاً لنص المادة ٤٣١ من القانون المدني، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن عقد البيع المسجل المتضمن بيع المظعون ضده للطاعنين العقار الكائن به شقنا النزاع قد خلا من ترتيب أي التزام على عاتق المظعون ضدهم بتسليم هاتين الشقتين، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٦ الطعن ٦١٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ٨٢٤)

(جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ الطعن ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ٥١٢)

ب - تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل، مع إعلام المشتري أن المبيع تحت تصرفه، ولم يشترط المشرع التسليم الفعلي، بل افترض تمام التسليم متى توافر عنصره ولو لم يقول المشتري على المبيع استيلاء مادياً فيكفي لتمام التسليم مجرد تغيير النية سواء باتفاق أو تصرف قانوني مجرد كأن يظل البائع حائز المبيع باعتباره مستأجراً، ويعتبر التسليم في هذه الحالة حكماً أو معنوياً.

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٢ الطعن ٤٤٣ لسنة ٤٤ ق)

ج - يشترط في وضع المبيع تحت تصرف المشتري - ليتحقق به التسليم المنصوص عليه في المادة ٤٣٥ من القانون المدني أن يكون بحيث يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به، التسليم المعنوي أو الحكمي يقوم مقام التسليم الفعلي.

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢١ الطعن ٦٣٢ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٤٩٩)

(2) متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد، حتى وقت الحكم النهائي في الدعوى، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المباعة على أساس أن يوقع المشتري على عقد البيع النهائي لا يعد عرضاً حقيقياً يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المباعة طبقاً لما توجهه المادتان ٣٣٩ من القانون المدني و ٧٩٢ من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون (جلسة ١٩٦٢/١١/٨ الطعن ١٥٩ لسنة ٢٧ ق س ١٣ ص ٩٩٢)

٣٠٧ - تطبيقات في التسليم الفعلي: يبقى في التسليم الفعلي أن نورد بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع المبيع تحت تصرف المشتري على النحو الذي قدمناه، سواء كان ذلك في العقار أو في المنقول أو في الحقوق المجردة.

فإذا كان المبيع عقاراً، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولاً بتخليه البائع له. فإذا كان داراً يسكنها البائع، وجب عليه أن يخليها وأن يحرر ماله من أثاث وأمتعة فيها. وإذا كانت أرضاً زراعية، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك، فلا بد إذن من إخلاء العقار أولاً، فيم يأتي بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه. ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء عليه (1)، ولكن قد يقتضي الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يتمكن من دخولها (2)، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشتري من التصرف فيها (3)، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين: أو بوالص التأمين حتى يتمكن المشتري من التعامل مع شركة التأمين، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون في يد البائع. وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد - وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قدمنا (4) - كانت تنص على أن يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المباع، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء.

وإذا كان المبيع منقولاً، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمناولته إياه بدأً بيد، ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان. ولكن قد يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أي مكان آخر يحتوي هذا المنقول (5)، أو

(1) فلا ضرورة لأي عمل رمزي يصحب وضع العقار تحت تصرف المشتري (استئناف مختلط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤).

(2) استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٦.

(3) وليس من الضروري أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة في أن البائع هو المالك للمبيع، فالبايع ملزم بتسليم المستندات التي معه للمشتري، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات لا تقطع في ملكية البائع للمبيع، وتعرض أحد للمشتري أو ظهر للمبيع مستحق، فعند ذلك يرجع المشتري على البائع بضمان التعرض أو الاستحقاق (بلانيول وريير وهاسل ١٠ فقرة ٧٣) ومجرد التأخر في تسليم البائع مستندات ملكيته للمشتري لا يبرر فسخ البيع (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣).

(4) أنظر أنفاً ٢٣٠ في الهامش.

(5) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو في الخزانة. وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل. وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المباعة يصح =

بتحويل سند الشحن أو الإبداع أو التخزين للمشتري إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو محزوناً في جهة ما (١)، أو بتسليم هذا السند للمشتري إذا كان للسند لحامله (٢). وقد يحصل ذلك بمجرد التحلية، كما إذا كان المبيع محمولاً لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق الأشجار، فيحلى البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها (٣). وقد يحصل ذلك بإفراز الشيء المعين بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوته لتسلمه، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس.

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً، كحق المرور، فإنه يوضع تحت تصرف المشتري بتسليم سنده إن كان له سند سابق، أو بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق مع تمكنه من ذلك بإزالة ما قد يحول بينه وبين المرور (٤). قد يكون المبيع حقاً شخصياً لا حقاً عينياً، كما في حوالة الحق، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه (٥).

ويتبين من هذه التطبيقات - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (٦) - أن طريقة التسليم تتكيف حسب طبيعة المبيع (٧) (١).

أن يتم تسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها، فإن هذا النص لا يعني أن كل من يحمل مفتاحاً حوزة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزنة. فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزنة كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا. وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأي في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٦).

(١) ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخر، وللآخر حق قبض المبيع المودع أو المحزون (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩.

(٣) بودري وسينيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥.

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩.

(٥) بيدان ١١ فقرة ٣٨٧ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٧ ص ٣٠١ - وفي الأسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالتظهير، وفي السندات الإسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة (م ٣٩ و ١٣٣ تجاري).

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩.

(٧) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩.

(١) إذا كانت محكمة الموضوع خلصت إلى تحديد يوم معين اعتبرته آخر ميحاد قدم فيه المطعون عليه للطاعة قدراً من القطن المبيع، وقررت أنه لم يحصل بعد ذلك التاريخ عرض من المطعون عليه ولا قول من الطاعة لأي مقدار آخر، وكان لا يبين من دقات الحكم وأسبابه ما يفيد أن المطعون عليه =

٣٠٨ - التسليم الحكمي : ويقوم مقام التسليم الفعلي على النحو الذي قدمناه التسليم الحكمي، أو كما تدعوه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (١)، التسليم المعنوي (١). والتسليم الحكمي يتم - كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني فيما رأينا - بمجرد تراضي المتعاقدين، ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري. ويتميز التسليم الحكمي بذلك عن التسليم الفعلي بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانوني (acte juridique)، وليس بعمل مادي.

وللتسليم الحكمي صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع، بإجازة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك، ثم يقع البيع. فيكون المشتري حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع، ولا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد ليتم التسليم. وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن، بل كمالك له من طريق الشراء. فتتغير نية المشتري في حيازته للمبيع، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت (٢). وهذه

= كان ينوي الاستمرار في توريد باقي الاقطان المبيعة بعد التاريخ الذي حددته وأن المحكمة ربت على ذلك أن اليوم التالي هو الميعاد الذي يحق للطاعة ممارسة حقه في شراء ما تخلف المطعون عليه عن توريده من القطن المبيع وإجراء محاسبته على هذا الأساس، فإن هذا الذي انتهت إليه المحكمة يعتبر تقديراً موضوعياً مما يستقل به قاضي الموضوع دون رقابة فيه لمحكمة النقض.

(جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٣ الطعن ١٨٩ لسنة ٢٥ ق م ١٠ ص ٥٩٠)

(جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ الطعن ٥٢ لسنة ٢٥ ق م ١٠ ص ٦٤١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩.

(٢) ويسمى هذا التسليم tradition brevi manu.

(١) مؤدى نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن تسليم المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بغير حائل مع إعلام المشتري أن المبيع قد وضع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع التسليم الفعلي، بل افترض تمام التسليم متى توافر اعتصامه ولو لم يستول المشتري على المبيع استيلاء مادياً، فإذا تم التسليم على هذا الوجه انقضى التزام البائع له وبرئت ذمته، لما كان ذلك وكانت الجهتان الطاعتان قد تمسكتا بسبق تنفيذهما التزامهما بتسليم الاطيان المبيعة إلى المطعون ضده واحطرتا المستأجرين بالوفاء بالاجرة إليه، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله «أن الجهة المستأنفة قد أوفت بالتزامها بتسليم المبيع إلى المستأنف عليه المطعون ضده» - بحوجب محضر تسليم مؤرخ ١٩٦٣/٧/٣١ إلا أنه لا يصحير تلك الجهة مطالبة المستأنف عليه بصدد حكم التسليم طالما أنه لم يطلب التسليم بغير الحالة التي تم الاتفاق عليها عند التعاقد، وكان مؤدى ذلك أن الحكم المطعون فيه جعل للمشتري الحق في مطالبة البائع بتسليم المبيع بالرغم من انقضاء هذا الالتزام وبراءة ذمة البائع منه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩ الطعن ١٤٢٥ لسنة ٥٦ ق)

فيها انتقالاً مادياً لحيازة المبيع . كما تتميز عن التسليم الفعلي ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسلم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كمستأجر من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مرتهن رهن نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليمًا من البائع للمشتري ثم إعادة حيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذي تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلي (٢) . وهذه الصورة الثانية لم يعرض لها التقنين المدني السابق ، وشملتها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدني الجديد فيما قدمناه .

٢ - زمان التسليم ومكانه

٣٠٩ - زمان التسليم : كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يعين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد ، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المحذوفة يستفاد حكمها في غير عتاء من القواعد العامة المقررة في الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقرر المادة ٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : « ١ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

فالأصل إذن أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وهذا إذا لم يتفق المتبايعان على

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٣٤٨/٢٧٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجب أن يكون التسليم في الوجه المعين له في العقد ، فإذا لم يشترط فيه شيء بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف » . وهذا نص يورد نفس الأحكام التي أوردها المشروع التمهيدي فيما قدمناه ، وإن لم يذكر صراحة المواعيد التي تقتضيها طبيعة المبيع ، ولكن هذه يمكن استخلاصها من اتفاق ضمنى بين المتبايعين .

ولا يوجد في التقنين السوري ولا التقنين الليبي ولا التقنين العراقي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسري كما في مصر . وينص تقنين الموحيات والعقود اللبنانية في المادة ١/٤٠٧ على ما يأتي : « يجب أن يكون التسليم في الوقت المعين له في العقد ، وإذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها ماهية المبيع أو العرف » . وهذا النص يتفق في حكمه مع حكم التقنين المصري .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ في الهامش وص ٧٤ في الهامش .

الصورة هي التي كان التقنين المدني السابق (م ٣٤٣/٢٧٢) ينص عليها وحدها . (الصورة الثانية) أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليمًا من البائع للمشتري ثم إعادة حيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذي تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلي (٢) . وهذه الصورة الثانية لم يعرض لها التقنين المدني السابق ، وشملتها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدني الجديد فيما قدمناه .

وكلتا الصورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكماً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة ٩٥٣ مدني إذ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » (٣) .

وقد أورد التقنين المدني العراقي صورة ثالثة للتسليم الحكمي يمكن الأخذ بها في مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتي : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه للبائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري » (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكمي المتقدمتين ، بأن

(١) ويسمى هذا الاتفاق : *constitut possessorie* (بودري وسينيا فقرة ٢٩٤) .

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٥٤٩ مدني عراقي في هذا المعنى على أنه « إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائعه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع » أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضي بتسليم المبيع في ميعاد معين ، أو تقتض طبيعة المبيع شيئاً من الوقت في تسليمه ، أو أهمل القاضى البائع في تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا الإهمال (١).

والذى يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان في عقد البيع على ميعاد التسليم ، فيجب العمل بهذا الاتفاق. فإن لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم في ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيراً في التعامل التجارى حيث يحدد العرف مهلة معينة لتسليم المبيع . فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك للمشتري ، فإن طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتاً معقولاً يتيسر فيه للبائع الحصول على المقادير المبيعة من السوق (٢). فإن لم يكن هناك اتفاق أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً في التسليم ، وجب أن يكون التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا ، إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى للبائع مهلة في التسليم (١)، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع وقد تأخرت في

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٣ من ٢٧٣.

(٢) وإذا سكت المشتري عن دفعات من المبيع متأخرة بسبب أزمة طرأت ، ثم عاد بعد مدة طويلة عندما ارتفعت الأسعار يطالب بالتأخير لم يحق له ذلك لأن سكوته دليل على نزوله عن حقه (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٢٦٤) . ولا يستحق تعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع إلا بعد الإعذار (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٣٠٠) . ولا حاجة للإعذار إذا كان البائع قد أرسل البضائع في وقت متأخر مما يتحتم معه تأخيرها عن ميعاد التسليم (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٦٨) . ولكن الأصل هو ضرورة إعذار البائع المتأخر في التسليم (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ١٧٠ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٢٨٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٣٠٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٥٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٦٨ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٩٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ١٦٩).

(١) أ - التعرف على تاريخ تسليم المشتري للمبيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة لها معينها فى الأوراق .
(جلسة ١٩٩٠/٢/١ الطعن ١١٩٦ لسنة ٥٣ ق)

ب - إذا كانت الدعوى مؤسسة على عقد يشترى الترامات متفائلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، فإنه يقع على عاتق كل من التزم بالتزام بمقتضاها عبء اثبات قيامه بما تعهد به ، وذلك بغض النظر عما إذا كان هو المدعى أصلاً فى الدعوى أو المدعى عليه دعماً إذا كان قد طلب إحالة الدعوى على التحقيق أم لم يطلب وادن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه اشترى بضاعة من الطاعنين وأقام الدعوى يطلب الزامهما بمبلغ هو قيمة ما لم يتم تسليمه من هذه البضاعة وكان الثابت من الأوراق - أنه لا نزاع فى أن المطعون عليه - المشتري - قد قام بالتزامه بدفع الثمن فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ القى عبء اثبات تسليم البضاعة على عاتق من يبرمه عقد البيع بذلك وهما الطاعنان باعتبارهما بائعين
(جلسة ١٩٥٢/١٢/١٨ م ق. م ٦٢ - ٣٥٤)

الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع فى أن يمنحه القاضى هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن إذا كان مستحق الدفع ولم يدفعه المشتري ، فالبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفى الثمن (١)، حتى لو منح المشتري نظرة الميسرة. وهو فى ذلك يستعمل حق حبس المبيع المقرر له ، والذى سنعرض له تفصيلاً فيما يلى.

٣١٠ - مكان التسليم : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل أيضاً على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : ١ - يجب أن يتم التسليم فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - فإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر موجوداً فى موطن البائع (٢). وقد حذفت هذه المادة أيضاً لأنها

(١) فلو سلم المشتري المبيع دون إذن البائع وقبل أن يدفع الثمن الحال ، لم يكن ذلك التسليم صحيحاً ، وجاز للبائع استرداد المبيع . ولكن إذا هلك المبيع فى هذه الحالة وهو فى يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشتري (م ٣٤٥/٢٧٤ مدنى سابق ، وهى تطبيق للقواعد العامة فيسرى حكمها دون حاجة إلى نص) .

وإذا اشترط ميعاد لدفع الثمن دون أن يشترط ميعاد لتسليم المبيع ، وجب تسليم المبيع فوراً بمجرد البيع وتأخير الثمن إلى حلول أجله (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١٤) . وإذا كان ميعاد التسليم ولم يتم ، كان البائع مسئولاً عن التعويض إلا إذا منعه عن ذلك قوة القاهرة كتأخر طرود البريد بسبب الحرب (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٠٢ - وعلى البائع إثبات القوة القاهرة (استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٥١ - أنظر أيضاً فى تأخر البائع فى التسليم بسبب القوة القاهرة أو بخطأ منه : استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٢٣ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ من ٣٠٦ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٤١٤ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٩٦ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ١٨٣ - ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٢١٤).

(٢) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٤٦/٢٧٥ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : يجب تسليم المبيع فى محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر فى المادة المحذوفة . وكانت المادة ٣٤٧/٢٧٦ من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : «إذا تعين فى عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقى ، فيكون هذا التعيين ملزماً للبائع بنقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري ذلك . وفى حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشتري ، يكون له الحق فى فسخ البيع مع أخذ التضمينات إذا كان البائع حصل منه تدليس . » وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيسرى حكمه دون حاجة إلى نص (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٣٠١) .

ولا يوجد فى التقنين السورى ولا فى التقنين الليبى نص مقابل ، فالقواعد العامة هى التى تسرى كما فى مصر . وتنص المادة ٥٤١ من التقنين المدنى العراقى على أن : ١ - مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع فى المحل الذى هو موجود فيه وقت التعاقد . وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل -

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة المقررة في فصل الوفاء، وتقررها المادة ٣٤٧ مدني على الوجه الآتي : ١ - إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

فالأصل إذن ، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، أن يكون التسليم في المكان الذي يكون هذا الشيء موجوداً فيه وقت انعقاد البيع (٢) (١). وقد يكون الشيء المعين بالذات منقولاً لم يعين مكان وجوده وقت البيع ، فالمفروض عندئذ أن المقول بصاحب البائع حيث يقيم ، فيكون مكان تسليمه في موطن البائع أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال . أما إذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه ، أو كان حقاً مجرداً حق شخصي حوله الدائن ، فإن التسليم يكون في موطن البائع أو في مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأن الدين يسعى إليه (portable) ولا يسعى (quérable). وهذا كله ما لم يتفق المتبايعان

= وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة البائع . ٢ - أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين ، لزمه تسليمه في المحل المذكور . والنص تطبيقاً للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسري في مصر . وتنص المادة ٤٠٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت إنشاء العقد ، ما لم يشترط العكس » - إذا عين في عقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل الذي يكون فيه حقيقة ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري نقله . وهذا النص أيضاً تطبيقاً للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسري في مصر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ في الهامش وص ٧٤ في الهامش .

(٢) استئناف مخطوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ .

(١) النص في المادة ٤٣١ من القانون المدني على أن « يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » يدل على أن محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشتري يتحدد بالمبيع المتفق عليه في عقد البيع وهو في الشيء المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتي تميزه عن غيره ، كما أن وقوع خطأ مادي في التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقاً لما تقتضيه المادة ١٢٣ من القانون المدني ... ولما كان الحكم لم يمن بحث ماهية العين التي تم تعاقد الماطعون ضد الأولى على شرائها من الماطعون ضده الثاني وما إذا كان التسليم الذي تم يتفق مع التحديد المتفق عليه في العقد أم لا دفاع الطاعن من أن خطأ مادياً وقع في تسليم المبيع بموجب المحضر المقتضى بصحته ونفاذه وطلب الهيئة البائنة تصحيحه ، مع أن من شأن بحثه أن يغير وجه الرأي في الدعوى فإن الحكم الماطعون فيه يكون قد جاء قاصراً بالتسبب معيماً بالخطأ في تطبيق القانون . (جلسة ١٩٩٠/١١/١٢ الطعن ١٧٣٧ لسنة ٥٧ ق)

على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق . فإذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقي ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم في هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزماً بنقل المبيع من مكانه الحقيقي إلى المكان المعين .

٣١١ - زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه - نص قانوني : وقد ينص القانون ، في حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه . من ذلك نصت عليه المادة ٤٣٦ مدني ، في خصوص المبيع إذا وجب تصديره للمشتري ، من أنه « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » (١).

فإذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشتري في مكان غير المكان الذي هو فيه ، كبضائع يشحنها البائع للمشتري ، فإن القواعد العامة التي قدمناها كانت تقضي بأن يكون التسليم في مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فيتم التسليم في هذا المكان وفي وقت الشحن . وفي هذا الوقت أيضاً يتم إفراز المبيع إذا كان في الأصل شيئاً غير معين إلا بنوعه ، فتنقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الهلاك عليه في الطريق . ونرى في ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقاً للقواعد العامة ، تحدد وقت إفراز المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التسليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري (١) ولكن المادة ٤٣٦ مدني المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة . فما لم يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفي هذه الحالة يعمل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذي استمر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ و ص ٧٣ - وص ٧٤) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هي التي تسري ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع - أي مكان التصدير لا مكان التوريد - لأن البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الإرسال لا زمان الوصول (أنظر آنفاً فقرة ٢٤٨) .

ويقابل النص في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٤ (مطابقة للتقنين المصري) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٥ (مطابقة للتقنين المصري) - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي (فتسرى القواعد العامة وهذه تقضي بمكان التصدير وزمان الإرسال) - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٠٦ وتجري على الوجه الآتي : « إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى مثله . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني المصري الجديد . ويتساند مع المادة ٤٠٦ الأنفة الذكر المادة ٣٩٩ من نفس التقنين اللبناني ، وتجري على الوجه الآتي : « يتحمل البائع مخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يستلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

(١) أ - مفاد التعاقد بين البائع والمشتري على بيع البضاعة فوب F.O.B أن يتم تسليم البضاعة في ميناء القيام منذ شحنها على ظهر السفينة ، وأن تبرا منذ ذلك الوقت ذمة البائع من الالتزام بالتسليم وتنقل ملكية البضاعة إلى الشركة المشترية التي تلتزم وحدها بمخاطر الطريق ، ويقع على عاتقها عبء التعاقد على نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء الوصول والتأمين عليها ، إلا أنه =

بهذا الاتفاق ، فإن النص يقضى بأن يكون التسليم عند وصول المبيع إلى المشتري أى عند التفريغ، ويكون ذلك فى موطن المشتري الذى هو دائن بالتسليم ، لا عند الشحن الذى هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز فى هذا الصدد بين الشئ المعين بالذات والشئ المعين بنوعه. فإذا كان المبيع المصدر منقولاً معيناً بالذات، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد البيع، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفى محطة الوصول، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم، فيكون خطر الهلاك فى الطريق على البائع لا على المشتري. أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، ويغلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر، فإن ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفراز ، والإفراز يتم عند التسليم. وزمان التسليم يكون فى هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ (١)، ومكانه محطة الوصول. فتنتقل الملكية إذن عند التفريغ، ولما كان خطر هلاك البضائع التى تخرج من مخزن البائع فى الطريق على من يملكها (٩٤ تجارى)، فإن تبعة الهلاك تكون على البائع إذ هو المالك إلى أن تصل البضائع محطة التفريغ (٢).

= ينيب البائع فى إبرام هذا التعاقد لمصلحتها بوصفه وكيلًا عنها .

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ الطعن ٢٠٥ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٣١٥)

(جلسة ١٩٧٣/٤/٣ الطعن ٩٣ لسنة ٣٨ س ٢٤ ص ٥٥٩)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٧ الطعن ٦٤ لسنة ٣٠ ق س ١٧ ص ١٩٧٩)

ب - البعثة C.I.F. هو بيع البضاعة لدى الشحن نظير ثمن اجمالى شامل لقيمة البيع وأجرة النقل والتأمين، يتم تسليم البضاعة عن الشحن وتنتقل ملكيتها إلى المشتري بوصفها على ظهر السفينة.

(جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٧ الطعن ٢١٠ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٣٦٣)

(جلسة ١٩٧٣/٥/١٩ الطعن ٢٦١ لسنة ٣٧ ق س ٢٤ ص ٧٩١)

(جلسة ١٩٥٩/١٢/١٠ الطعن ٢٣١ لسنة ٢٥ ق س ١٠ ص ٧٨٣)

(١) ويراعى المالكوف والعرف فى تقدير الزمن الذى تصل فيه البضاعة المصدرة (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩) ، فتأخر نحو شهرين فى وصول البضاعة المصدرة من ميناء بعيد يكون منتفراً (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣١) . وتحديد زمن الوصول مع اقتران التحديد بتحفظ ، كأن يقول «إذا أمكن» ، لا ينتفى فيه أن يكون الزمن ثلاثة أضعاف المالكوف (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤) . وإذا اشترط المشتري وصول البضاعة فى وقت معين وإلا كان البيع مفسوخاً ، كان للمشتري الحق فى رفض البضاعة التى وصلت بعد الميعاد ، وليس عليه إعدار البائع (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٢٤).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ .

٣ - نفقات التسليم

٣١٢ - نفقات تسليم المبيع على البائع: وكان المشروع التمهيدى يشتمل كذلك على نص يعين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع، فكانت المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن «نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله إلى مكان التنفيذ وفى مقاسه ووزنه وحزمه» (١) وقد حذفت هذه المادة هى أيضاً لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢).

والنص المحذوف يستفاد حكمه فعلاً من القواعد العامة ، وتقررها المادة ٣٤٨ مدنى فى فصل الوفاء على الوجه الآتى : «تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» .

فالأصل إذن أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل نفقاته . ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع لا يفرز إلا بأحد هذه الطرق، فإن الإفراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتمهد له . ويدخل أيضاً فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم إذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر . ويدخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة ، أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، إلى المشتري . وإذا كان على المبيع تكاليف تحملها البائع كما إذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشتري ، فتكون الرسوم الجمركية على البائع (٣) . وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع

(١) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٥٥/٢٨٣ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «على البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لحد التسليم وأجرة كيله ومقاسه ووزنه وغير ذلك» . وهذا الحكم يتفق مع حكم النص المحذوف .

ولا مقابل للنص لا فى التقنين السورى ولا فى التقنين الليبى ، فتسرى القواعد العامة كما فى مصر، وتكون مصروفات التسليم على البائع إذا لم يكن اتفاق أو عرف مخالف. وفى التقنين المدنى العراقى تنص المادة ٥٤٢ على أن «تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك» . وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة وفى تقنين الموجبات والعقود اللبناني تنص المادة ٤١٢ على أن «يتحمل البائع - إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - أولاً - مصاريف التسليم كأجرة القياس أو الوزن أو العد أو تعيين الحجم - ثانياً - المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان المبيع غير مادي» . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ - ص ٧٤ .

(٣) فإذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن للبائع حق فى زيادة الثمن ، كما أنها إذا نقصت لم يكن للمشتري حق فى أنقص الثمن (قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٧٩ هامش ١) .

تحت تصرف المشتري حتى يتم التسليم تكون على البائع .

وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري على البائع . فأجرة عداد النور أو المياه مثلاً - وهي مصروفات لإفراز المبيع - تكون في الأصل على البائع ، أى على شركة النور أو شركة المياه (١) ، ولكن كثيراً ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك . كذلك قد يقضى العرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشتري لا على البائع ، أو مناصفة بين المشتري والبائع .

٣١٣ - نفقات تسليم المبيع على المشتري - احالة : وسرى أنه إذا كان تسليم المبيع التزاماً في ذمة البائع ، فإن تسلمه التزام في ذمة المشتري (م ٤٦٤ مدني) . ومن ثم تكون مصروفات التسليم - كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم إلى الجهة التي يردها المشتري ورسوم المرور والترانزيت والدخولية وغير ذلك - على المشتري لا على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يجعل هذه المصروفات على البائع . وسنعود إلى ذلك عند الكلام في تسليم المشتري للمبيع (٢) .

المطلب الثالث

الجزاء على الأخلال بالتزام التسليم

(تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم)

٣١٤ - التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين : وإذا أخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذي قدمناه ، فامتنع عن التسليم ، أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو تأخر في التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه ، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التي سبق أن بسطناها (٣) ، فإن المشتري

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٣ .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٤٢٤ .

(٣) كأن يكون البائع لم ينفذ بالتسليم إلى بائعه فلم يتمكن من أخذ المبيع وتسليمه للمشتري (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥) ، أو كأن يكون البائع قد تصرف في المبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفي هذه الحالة إذا أخطر البائع المشتري بذلك لم تعد هناك حاجة لأن يعلن المشتري البائع (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧) ، أو كأن يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٤) .

ويستحق التعويض بمجرد ثبوت أن سعر البضاعة وقت التسليم أعلى من الثمن (استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥) . ويعتد بالسعر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التي قد تأخر (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٥ =

يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً (١) ، كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع وللقاضي سلطة تقديرية في إجابتة إلى طلبه ، وله أن يطلب في الحالتين تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه (١) (٢) . وكل هذا يكون

= - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٨) . وإذا وجب تسليم المبيع على دفعات ، نظر إلى وقت وجوب التسليم بالنسبة إلى كل دفعة (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩) . ويجب على البائع الحصول على المبيع (التغطية) وقت وجوب التسليم وإلا تحمل العرق (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨) . والتعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع هو ثمرات المبيع من وقت البيع إلى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير مدفوع (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . وفي بيع القطن إذا اشترط المشتري عند عدم التسليم مبلغاً معيناً أو دفع الفرق في السعر ، لم يجوز للمشتري أن يجمع بين التعويضين بل عليه أن يختار أحدهما ، وفي حساب الفرق في السعر يجب الاعتداد باليوم الذي كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤) .

(١) يشترط طبقاً للمادة ٢٠٣ من القانون المدني لاجبار المدين البائع على تنفيذ التزامه بتسليم العين المبعة إلى المشتري أن يكون هذا التسليم ممكناً فإذا كانت هذه العين مملوكة للبائع وقت انعقاد البيع ثم تعلقت بها ملكية شخص آخر تعلقاً قانونياً استحالة الوفاء بهذا الالتزام عينا للمشتري الأول .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ الطعن ٥٢٠٩ لسنة ٥١ ق ص ٣٥ ص ٢١١١)

(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٧ الطعن ٢٢٦ لسنة ٣٦ ق ص ٢١ ص ١٢٥٥)

(٢) أ - إذا التزم البائع بتسليم المبيع في ميعاد معين ، وكان موضع اعتبار المتعاقدين . فإن تأخره في تنفيذ الالتزام عن الموعد المحدد يستوجب مساءلته قبل المشتري بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت به من جراء هذا التأخير حتى ولو كان التسليم قد تم فيما بعد وذلك لوقوع الأخلال به في حينه وتحقق الضرر فعلاً نتيجة له بما لا يجدي تداركه أو جبره التسليم اللاحق وهو ما يضحى معه تنفيذ الالتزام في شقه المتعلق بالتسليم في الميعاد المحدد غير ممكن بفعل المدين .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١١ الطعن ٢١٩٦ لسنة ٦١ ق)

ب - لا يجد في ادعاء الطاعنه (الشركة البائنة) بأن عقد البيع (ومحله أرض أكلها المهر) قد انفسخ لاستحالة تنفيذه يصدر القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ في شأن طرح النهر وأكله ، لأن وإن كان هذا القانون منع تسليم أرض من طرح النهر لأصحاب أرض أكلها النهر وقصر التعويض عنها على ما يعادل قيمة الأرض ، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يحرم المشتري من حقه في الحصول على مقابل عن هذه الأرض .

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦ الطعن ٢٣ لسنة ٣٦ ق ص ٢١ ص ٩٠٠)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمشتري عند تأخر البائع في التسليم الخيار بين التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التضمينات في الحالتين . وليس في رفع الدعوى بأن من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر . وليس للبائع أن يحتج بأن المشتري لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يبد استعداده للتسليم حتى بعد أنذاره من المشتري ، أن المشتري على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط في البيع (نقض -

طبقاً للقواعد العامة التي قررناها في نظرية العقد وفي نظرية تنفيذ الالتزام^(١). فإذا تأخر

مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ من ٢٢٣. وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة إذ قضت برفض الدعوى التي أقامها الطاعن بطلب فسخ البيع قد أقامت قضاياها على أن الدقيق موضوع البيع شحن سليماً غير مصاب بالثلف الذي وجد به عند تحليله، وأن التأخير في تفريغ شحنة السفينة وفي وصول وثائق الرسالة كان راجعاً إلى ظروف الحرب، وأن الباتمة بمجرد علمها بتفريغ الدقيق لم تأل جهداً في سبيل الحصول على إذن تسليم يحل محل حافظة الشحن الذي تأخرت، وأن هناك عوامل تجتمع ولم يكن للباتمة دخل فيها حالت دون وصول الدقيق إلى المشتري وسببت تأخير البدء في عملية التحليص، وأنه على فرض هطول أمطار غزيرة أثناء تخزين الدقيق في العراء لدى شركة الاستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه الباتمة لأنه هكذا كان نظام التخزين في العراء بحكم الضرورة في ذلك الوقت، فهذا تحصيل موضوعي سائغ (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٧ من ١٠٨٨).

ولا يجوز للمشتري فسخ البيع أو طلب تعويض لتأخر البائع في التسليم إلا إذا أعذر البائع (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٦ من ١٤٠ - استئناف مختلف ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ من ٢٠٢ - ٢٠ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ من ٣٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ من ٢٧٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ من ١١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ٢٠٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٤٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ٢٤). فإذا لم يعذر المشتري البائع ورفع عليه دعوى الفسخ والتعويض، ولم يتمسك البائع بعد الإعذار بل ناقش المشتري في نتائج عدم تنفيذه لالتزامه، لم يعد للبائع بعد ذلك الحق في التمسك بعدم الإعذار (استئناف مختلف ١٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٧٨). وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ وجب عليه أيضاً طلب التعويض، فلا يستبقى دعوى التعويض إلى دعوى مستقلة يرفعها بعد دعوى الفسخ (استئناف مختلف ٢٠ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ من ٣٤٨). ولا يجوز للمشتري طلب الفسخ إذا كان إخلال البائع بالتزامه إخلالاً غير جسيم، كما إذا تأخر في تسليم مستندات ملكية المبيع (استئناف مختلف ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٢٠٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ من ١٩٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨)، أو سلم أكثر المبيع بعد انقضاء ميعاد التسليم (استئناف مختلف ١٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ من ١٢٦). وإذا كان البائعون متعددين وكانوا متضامنين في التزاماتهم نحو المشتري، وحصل المشتري على فسخ البيع لأخلالهم بهذه الالتزامات، كانوا متضامنين في التعويض المستحق للمشتري (استئناف مختلف ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ من ٣١٩).

(١) وقد يتفق المتبايعان في عقد البيع على أنه إذا تأخر البائع في تسليم المبيع كان للمشتري فسخ العقد، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري، فإذا انتاره أجابه القاضي إلى طلبه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن، ولكن يجوز ألا يختار المشتري الفسخ في هذه الحالة ويعدل عنه إلى طلب التنفيذ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٢٦ من ٢٠٠ - ص ٢٠١). وقد يكون البيع عقد توريد، فيورد البائع السلعة للمشتري بكميات معينة في أوقات دورية، فلا يتناول الفسخ ما سبق توريده من الكميات إلا إذا كان العقد غير قابل للتجزة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ من ٥٢ - دي باج ٤ فقرة ١٠٤ - أنسيكلويدى دالوز vente فقرة ١١٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩). وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ لتأخر البائع في التسليم، ثم عرض البائع أن يسلم المبيع، فإن هذا العرض لا يتضمم معه رفض دعوى الفسخ (استئناف مختلف ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٣٧١).

البائع عن التسليم مثلاً، كان للمشتري أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بهذا التأخر^(١)، كأن يكون المبيع بضائع رخص سعرها عند تسليم المشتري إياها متأخرة وكان يستطيع بيعها بثمن أعلى لو أنه تسلمها في الميعاد^(٢). بل يجوز للمشتري، طبقاً للقواعد العامة، أن يشتري البضائع التي امتنع البائع عن تسليمها، ويكون ذلك على نفقة البائع. ويحصل البائع على إذن من المحكمة قبل الشراء، وعند الاستعجال يجوز له دون إذن، لكن بعد إعذار البائع، أن يشتري البضائع على نفقته^(٣).

ولما كان الالتزام بالتسليم التزاماً بتحقيق غاية كما قدمنا، فإن البائع إذا لم يسلم المبيع للمشتري، حتى لو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي، كما إذا هلك المبيع أو تلف بقوة قاهرة أو حادث فجائي، فإن البائع يكون مع ذلك لم يحم بالتزامه بالتسليم فيصبح مستولاً عن ذلك. ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشتري، وهذا ما تنتقل الآن إليه، فنستعرض حالة هلاك المبيع هلاكاً كلياً، ثم حالة هلاكه هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته لتلف أصابه^(٤).

١ - تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم

٣١٥ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع^(٥).

(١) استئناف مختلف ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ من ١٣٤ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ٢٦٤ - ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٣٣١ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ من ١٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ١٦٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ١٧٧).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن للمشتري الذي باع العين التي اشتراها بأزيد من الثمن الذي اشترى به أن يرجع على البائع في حالة الحكم بفسخ البيع، ليس فقط بالثمن الذي دفعه إليه، بل بالتضمينات أيضاً. ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذي اشترى به والثمن الذي باع به للغير (استئناف وطني ٢ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/١٢٠ من ١١٦).

(٣) على أنه لا يجوز للمشتري أن ينتظر مدة طويلة، حتى إذا ما ارتفع السعر طالب بالتنفيذ العيني، بل يعتبر انتظاره هذه المدة الطويلة بمثابة عدول به عن طلب التنفيذ العيني إلى طلب الفسخ (استئناف مختلف ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٢٥٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ١٤٧).

(٤) وينقضي بالتقادم التزام البائع بالتسليم، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم (استئناف مختلف أول يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ١٧٢ - ٣ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٨٠).

(٥) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٠ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٧٥ من ٧٦).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٧١/٢٩٧ (١).

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٤٧ - ٥٤٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ (٢).

(١) التقنين المدني السابق : م ٣٧١/٢٩٧ : إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع ، إلا إذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بحقتضى نص العقد .
(والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد . ومع ذلك أنظر المادة ٣٠٧/٢٤١ مدني سابق ، وكانت تجعل تبعة الهلاك في الشيء غير المعين إلا بنوعه على المشتري بعد الإفراز ، ولكن لما كان يغلب أن يتم الإفراز وقت التسليم ، فقد كانت تبعة الهلاك هنا أيضاً تنتقل للمشتري عند التسليم في الغالب . الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤ .)

(٢) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٢٤) .
التقنين المدني الليبي م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٧ : ١ - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعداد المشتري لتسلم المبيع : وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن ، ٢ - على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية .
م ٥٤٨ : ١ - ما يقبض على سبيل شراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه .

٢ - وما يقتض على سوم النظر ، سواء بين ثمنين أو لم يمين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - ويزيد التقنين العراقي بأن يمين من يتحمل تبعة الهلاك في القبض على سوم الشراء والقبض على سوم النظر ، مستنداً ذلك من أحكام الفقه الإسلامي . وأنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٣ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً - ما لم يكن ثمة نص محال - أن يتحمل : أولاً ... ثانياً - مخاطر العين المعينة .

م ٣٩٧ : إذا انعقد البيع على شيء معين بوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو العدد أو القياس أو التجربة أو الدوق ، أو انعقد بمجرد الوصف ، فالبايع يبقى متحماً بمخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري ، إلى أن يعين أو يوزن أو يعد أو يقاس أو إلى يقبله الشاري أو يملكه .

٣٩٦ - تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم : قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاماً مستقلاً ، أي غير متفرع من التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفي هذه الحالة يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكه ولو هلك قبل التسليم . فإذا هلكت العين المؤجرة قبل أن يسلمها المؤجر للمستأجر ، فإنها تهلك على المؤجر باعتباره المالك . وكذلك إذا هلكت هذه العين قبل أن يردها المستأجر للمؤجر ، فإنها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك . ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذي يكسب الغنم ، وهو الذي يتحمل الغرم .

لكن إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، فالأصل أن الهلاك (٢) (١) يكون على المدين بالتسليم

= م ٣٩٨ : إذا كان البيع تخييرياً وقد عينت مهلة للاختيار ، فالشاري لا يتحمل المخاطر إلا بعد وفور الاختيار ، ما لم يكن ثمة نص مخالف .

م ٣٩٩ : يتحمل البائع مخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٤٠٠ : إذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتثاثه ، فالثمر أو البقول تبقى ضمان البائع إلى أن يتم الضجج .

أنظر أيضاً للمادتين ٤١٥ - ٤١٦ من التقنين اللبناني وسيأتي ذكرهما . (وأحكام التقنين اللبناني تختلف عن أحكام التقنين المصري ، وتتفق مع أحكام التقنين الفرنسي ، في أنها تجعل تبعة الهلاك قبل التسليم على المشتري ، إلا إذا كان المبيع لم يتعين أو لم يقبله المشتري نهائياً) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ - فقرة ٤٣١ .

(٢) الهلاك المنصوص عليه في المادة ٤٣٧ من القانون المدني هو - على ما جرى قضاء محكمة النقض - زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية ومن ثم فإن استيلاء الاصلاح الزراعي - بعد البيع - على قدر من الأطنان المبيعة لا يعد هلاكاً لهذا القدر تجرى عليه أحكام الهلاك في البيع .

(جلسة ١٩٦٦/٢/١ الطعن ٣٧٧ لسنة ٣٠ ق م ١٧ ص ٢٠٥)

(جلسة ١٩٧١/٢/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٢ ص ١٨٨)

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص ٩٠٩)

(٢) ويراد بالهلاك زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن بيع البضاعة المتعاقدة عليها يأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها ، حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن الصادر بينهما ، لا يؤدي إلى انقضاء هذا العقد ، ولا يسوغ في داته الفسخ ، إذ بيع -

أى على البائع ، لا على المشتري وهو الدائر بالتسليم ولو أنه أصبح مالكا للمبيع بانتقال ملكيته إليه قبل أن يتسلمه . ويرر الانحراف هنا عن القاعدة التي تقضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة . وقد رأينا النص الوارد في البيع ، أما في الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدني أنه «إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة إذا هلكت ...» (١) .

٣١٧ - هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم : ونفرض فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائي . أما إذا هلك بفعل البائع ، فإن هذا يبقى من باب أولى مسئولاً عن الهلاك ، بل يكون أيضاً مسئولاً عن تعويض المشتري عما أصابه من الضرر ولا يقتصر على رد الثمن (٢) . وأن هلك المبيع قبل التسليم بفعل

= البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن الهلاك الذي نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدني القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف ، فهو إجراء وقتي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إلى يديها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذي ينصرف إليه أمر عقد البيع (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

(١) بما التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ وم ١١٦٤) فلم يميز بين التزام بالتسليم مستقل والتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ففي الحالتين جعل الهلاك قبل التسليم على المالك أى على المشتري (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٠) - انظر في تعليقات أخرى في القانون الفرنسي جعل الهلاك على المشتري ، فيقال تارة أن الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشتري ، ويقال تارة أخرى أن الضرر بالغنم فمادام المشتري يفيد من زيادة المبيع فكذلك يتحمل تبعه هلاكه : أنسيكلوبيدي داللو ٥ لفظ vente فقرة ٦٧ - الأستاذ مصور مصطفى منصور ص ١٤٣ هامش ١) . ويبدو أن التعليل المقبول في القانون الفرنسي لجعل الهلاك على المشتري هو القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على المالك (res perit domino) . ففي القانون الفرنسي التزام البائع الرئيسي هو التزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح أن يفسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوي ما دام الالتزام الأصلي بنقل الملكية قد نفذ فأصبح للمشتري مالكا للمبيع ، وباعتباره مالكا له يتحمل تبعه هلاكه .

(٢) ولكن إذا أهمل البائع إهمالاً يسيراً تسبب عه نقص في المبيع ، فإن ذلك لا يبرر فسخ البيع ولكن يستوجب إنقاص الثمن على سبيل التعويض وقد قصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أهمل البائع في حتى المبيع بحيث قلت كميته عن المقدار المتفق عليه دون أن تنزل درجة الجودة =

المشتري ، كان الهلاك في هذه الحالة على المشتري لأنه هو الذي تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملاً إلى البائع إذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه (١) .

وليس في كل هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه إلى نص خاص . وقد كان هذا النص الخاص موجوداً في المشروع التمهيدي ، وهو نص المادة ٥٨٣ من هذا المشروع ، وكان يجري على الوجه الآتي : «في الحالتين المصومر عليهما في المادتين السابقتين ، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري ، وجب دفع الثمن كاملاً . أما إذا كان بفعل البائع ، فإن طلب المشتري فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض ، وإن طلب بقاء العقد وجب أنقاص الثمن (٢) . وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة «لأنها مستفادة من القواعد العامة» (٣) .

٣١٨ - هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم : فنقتصر هنا إذن على الحالة التي يكون فيها هلاك البيع قبل التسليم قد حدث بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، أو كما تقول المادة ٣٤٧ مدني السالفة الذكر قد حدث لسبب لا يد للبائع فيه (٤) ، وقد

=المشترطة، فإن النقص القليل في الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ أنقاص الثمن فقط (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٩ في الهامش .

(٢) وكان في التقنين المدني السابق نص مقابل هو نص المادة ٣٧٣/٢٩٩ ، وكان يجري على الوجه الآتي : «وفي الحالتين السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذي أوجب نقص قيمته منسوباً للمشتري ، فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه . أما إذا كان منسوباً للبائع ، فيكون ملزماً بالتضمينات إذا فسخ المشتري البيع ويتقصر الثمن إذا إبقاءه . وقد نصت المادة ٤١٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه «إذا هلك الشيء المعين الذي انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التي بمقتضاها يحق له أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المثليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ، مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب وزيادة بدل المثل للضرر عند الاقتضاء» . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التقنين على أنه «إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حالته ويدفع ثمنه كاملاً» .

انظر أيضاً المادة ٢/٥٤٧ من التقنين المدني (أنفاً فقرة ٣١٤ في الهامش) . وكل هذه النصوص لا تختلف في أحكامها عن أحكام القانون المصري .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ في الهامش وص ٧٩ في الهامش .

(٤) والبائع هو الذي يحمل عبء إثبات ذلك (بلائيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨١ هامش ٥) .

قدمنا أن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع لا على المشتري ولو أن المشتري قد أصبح مالكا قبل التسليم^(١). وقد ذكرنا أن السبب في عدم تحميل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا أن الملكية لا تخلص له فعلا إلا عند التسليم، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متعمم لالتزامه بنقل الملكية، فإذا كان التسليم لم يتم فإن التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضاً ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى المشتري. فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائي، فإن التزام البائع بالتسليم، هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا، يصبح مستحيل التنفيذ. ومتى أصبح التزام في عقد ملزم للجانبين كعقد البيع مستحيل التنفيذ، انفسخ العقد بحكم القانون طبقاً للقواعد العامة، وهي القواعد التي قررتها المادة ١٥٩ مدني على الوجه الآتي: وفي العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه التزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه. ومتى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيع، فقد سقط بانفساخ التزام المشتري بدفع الثمن، وكان له أن يسترده من البائع إذا كان قد دفعه، وأن يحتج عن دفعه إذا كان لم يدفعه. فيخرج البائع، بانفساخ البيع على هذا الوجه، وقد خسر المبيع وخسر الثمن، فيكون هو الذي تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم. وعلى هذا النحو يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدني السالفة الذكر، فهي ليست كما رأينا إلا تطبيقاً لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الالتزام.

وهذا التأصيل، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قدمنا، يتفق في الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامي وهي تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم^(٢). ولذلك اعتاد الفقه المصري أن ينسب القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري إلى الفقه الإسلامي، وذلك لما رأى أن هذا التقنين سار عليها مخالفاً بذلك القاعدة التي أخذ بها

(١) وقد رأينا أنه إذا كان البيع في الفقه الإسلامي ينقل الملك إلى المشتري، فإن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً، حتى أن المشتري قبل القبض لا يكون مطلق التصرف في المبيع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣١)، وحتى أنه إذا هلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع. فيد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة، كذلك يد القابض على سوم الشراء إذا سمي الثمن يد ضمان (أنظر المادة ٥٤٨ عراقي آنفاً فقرة ٣١٥ في الهامش). أما إذا لم يسم الثمن في سوم الشراء، وسمى أو لم يسم في سوم النظر، فإن يد القابض تكون يد أمانة، فیهلك الشيء على المالك لا على القابض وغني عن البيان أن الشيء، في سوم الشراء وفي سوم النظر، سمي الثمن أو لم يسم، يعتبر في القانون المصري ودبعة في يد القابض، فإذا هلك تحمل المالك لا القابض تبعه الهلاك.

(٢) قاعدة الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة أما إذا نسب إلى البائع تقصير فإنه يكون مسئولاً عن نتيجة تقصيره.

(جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ الطعن رقم ٣٧٩، لسنة ٢٢ ق من ٧ ص ٧٦٧)

التقنين الفرنسي كما سبق القول^(١).

ونرى من ذلك أن المبيع إذا كان عيناً معينة بالذات تنتقل تبعه هلاكه، لا مع انتقال الملكية، بل مع انتقال الحيازة^(٢)، فلو كان المبيع عقاراً، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع، كان هلاكه على البائع، أما إذا هلك بعد التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشتري^(٣). فالعبرة إذن بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة، لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية. ومتى انتقلت الحيازة إلى المشتري بالتسليم، كان الهلاك عليه ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل. أما إذا لم تنتقل إليه الحيازة بالتسليم، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل^(٤).

(١) ونرى أثر ذلك فيما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: وهذه النصوص (م ٥٨١ - ٥٨٢) تعرض لبيان تبعه هلاك المبيع قبل التسليم. وقد استبقى المشروع أحكام التقنين الحالي (السابق) فجعل التبعة على البائع قبل التسليم، خلافاً للتقنينات اللاتينية، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية، وتطبيقاً لقواعد الفسخ في العقد الملزم للجانبين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٥). أنظر رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ص ١٧٧ وما بعدها.

ونظر في أن القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري مستمدة من القواعد العامة وليست مأخوذة من الفقه الإسلامي الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٨٩.

(٢) وليست هذه القاعدة من النظام العام، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري. فإذا لم يتفقا على ذلك، كان الهلاك على البائع. ولو أن البائع، كطبيعة مسؤوليته، أمن على الدار المبيعة من الحريق، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشتري لأنه أمن على مسؤوليته هو لا على مسؤولية المشتري (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٣).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٥ - ص ٧٦ - وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان عدم التسجيل بتقصير البائع، فالهلاك عليه حتى لو تسلم المشتري المبيع. ولكن لما كانت تبعه الهلاك تنتقل بانتقال الحيازة ولو لم تنتقل الملكية، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشتري إذا تسلم المبيع ولو كان البيع لم يسجل (نقص مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٨٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠).

(٤) ولو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتاً، والهلاك بعد التسليم على المشتري إذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتاً، أما إذا تحقق الشرط فانفسخ البيع ثم هلك المبيع، فالظاهر أنه يهلك على مالكه أي على البائع ما دما لستا بصدد التزام بالتسليم متفرع من التزام بنقل الملكية. ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط وبعد البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضاً، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك، إذ لا يكون لتحقق الشرط في هذه الحالة أثر رجعي (م ٢/٢٧٠ مدني). أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك فنفسد البيع، فالهلاك بعد التسليم على المشتري. أنظر في ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ - الأستاذ محمد علي أمام فقرة ١٨٨ ص ٣١٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٧٢ - الأستاذ عبدالمعزم البدرأوى فقرة ٢٨٢.

وإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فإنه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم . فإن هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك وبالعزم من أن ملكيته تكون قد انتقلت إلى المشتري بهذا التعيين . أما إذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشتري (١) ، لا لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري ، بل لأنه قد سلم إلى المشتري فانتقلت حيازته إليه ، فأصبحت تبعه الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة لا بموجب انتقال الملكية .

٣١٩ - اعدار البائع المشتري لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن البائع يكون مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري ، ويكون المشتري هو المتعنت فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقياً لتحميل البائع تبعه هلاك المبيع في هذه الحالة ، أعطى القانون سلاحاً للبائع يدرك به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشتري لتسلم المبيع ، ومن وقت الإعذار يعتبر المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على المشتري لا على البائع (٢) . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدني كما رأينا : «إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع» أي أن الهلاك يكون استثناء على المشتري إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع (٣) .

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إعذاره بذلك . ففي هذه الحالة يعتبر المشتري معذراً بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم طبقاً للقواعد العامة ، فإذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلاً .

٣٢٠ - هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له : وهناك حالة أخرى يهلك فيها المبيع على المشتري قبل التسليم ، وهي حالة ما إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لعدم استيفاء الثمن ، وسرى أن للبائع حق حبس المبيع قد حبس المبيع في يده لعدم استيفاء الثمن ، وسرى أن للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . فإذا حبس البائع المبيع وأعذر المشتري أو أخطره بهذا الحبس ، وهلك المبيع أثناء الحبس (٤) ، كان الهلاك

على المشتري بالرغم من عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع إلى خطأ المشتري فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك إلى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدني على هذا الحكم صراحة إذا تقول : «وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع» (١) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) :

٢ - تبعه الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ - النصوص القانونية تنص المادة ٤٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

«إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري أما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وأما أن يبقى البيع مع أنقص الثمن» (٣) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٧٢/٢٩٨ (٤) .

حساباً للمبيع . أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٨٠ ص ٤٣٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ - ص ١٤٦ .

(١) كذلك يهلك المبيع على المشتري إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم ، أو وضع المشتري يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون إذن البائع وهلك المبيع في يده ، وقد سبق الإشارة إلى هاتين الحالتين أما ما جاء في المادة ٩٤ تجاري من أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها فليس بامتناء حقيقي من القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، فقد قدمنا أن الملكية هنا تنتقل بالإفراز ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما في محطة الشحن أو في محطة التفريغ ، فإذا انتقلت تبعه الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هي نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٤٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ - ٧٩) .

(٤) التقنين الملغى السابق م ٣٧٢/٢٩٨ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء ، كان المشتري معذوراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رده .

(ويخالف هذا الحكم ما ورد في التقنين المدني الجديد ، فإن المشتري في التقنين السابق لا يملك إنقاص الثمن ، فيما أن يفسخ وإما أن يستوفي المبيع بكل الثمن فإذا لم يبلغ العيب الجسامه المطلوبة أو رهن المشتري المبيع ، فإنه لا يستطيع الفسخ ، فلا يبقى أمامه إلا استيفاء المبيع بكل الثمن ، فكان هو الذي يحصل تبعه الهلاك الجزئي قبل التسليم وهذا العيب قد تداركه التقنين الجديد ، فجعل =

(١) استئناف مخطط ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٦ .

(٢) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ الحاماة ٣٥ رقم ٢٦٤ ص ٩٥٠ .

(٣) والمفروض أن الإعذار الذي ينقل تبعه الهلاك إلى المشتري هو الذي يتم عندما يكون التزام المشتري بتسليم المبيع حالاً ، فإذا أعذر البائع المشتري لتسلم قبل الأجل الشروط لمصلحة المشتري لم يترتب على هذا الإعذار نقل تبعه الهلاك (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥) .

(٤) أما إذا لم يشين في وضوح بإعذار أو أخطار أو نحو ذلك أن البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، بل سكنت البائع عن مطالبة المشتري بالثمن وسكت المشتري عن مطالبة البائع بالمبيع ، فترأى تنفيذ العقد على هذا النحو دون أن يظهر البائع نيته في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، ثم هلك المبيع في حلال ذلك ، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ، ولا يجوز لهذا أن يدعى أنه كان =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/٥٤٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل له (١).

٣٢٢ - الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري : وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدني السالف ذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته إنما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، وإذا كان النص لا يصرح بذلك فإنه مستخلص من سياق النصوص . أما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، فالبائع يكون مسئولاً عن ذلك بطبيعة الحال ، بل يكون مسئولاً أيضاً عن التعويض . وإن كان راجعاً إلى فعل المشتري ، كان هذا هو المسئول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملاً للبائع . وقد سبق بيان ذلك في الهلاك الكلي (٢).

٣٢٣ - الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي : فنقتصر هنا أيضاً على حالة ما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . وتكون تبعة هذا الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قبل التسليم المبيع على البائع ، للأسباب نفسها التي ذكرناها في حالة الهلاك الكلي . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يحم به البائع كان مسئولاً ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، فتكون التبعة عليه ، كما كانت التبعة عليه في الهلاك الكلي .

=المشتري حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ - فإذا أبرم بيع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه أحكام التقنين السابق ، وإذا أبرم بعد ذلك سرت عليه أحكام التقنين الجديد).

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٦ (مطابقة للمادة ٤٣٨ من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٥).

التقنين المدني الليبي م ٤٢٧ (مطابقة للمادة ٤٣٨ من التقنين المدني المصري).

التقنين المدني العراقي م ١/٥٤٧ .. وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري - مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن ، (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري).
تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن أحكام التقنين المصري تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بها في لبنان دون نص .

(٢) وسبق أن قررنا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على المادة ٥٨٣ وقد حذفت ، وهي تناول كلا من الهلاك الكلي والجزئي أو نقص القيمة ، إذا كان ذلك راجعاً إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري (أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وأنظر التقنين المدني العراقي م ٢/٥٤٧ آنفاً فقرة ٣١٥ في الهامش ، وتقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٥ - ٤١٦ آنفاً فقرة ٣١٧ في الهامش).

وينبنى على ذلك أن المشتري ، في حالة الهلاك الجزئي (١) أو نقص القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ من الجسامة قدرماً بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشتري حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط (٢).

ويلاحظ أنه يمتنع على المشتري الفسخ ، حتى لو كان الهلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقاً عيباً على المبيع ، فلا يملك المشتري عندئذ إلا إنقاص الثمن (٣).

٣٢٤ - الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بعد اعذار المشتري أو بعد حبس المبيع : وغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر المشتري لتسلم المبيع ، أو حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، تحمّل المشتري تبعته (٤) ، كما يتحملها في الهلاك الكلي ، للأسباب عينها .

المبحث الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

٣٢٥ - خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق : إذا قلنا إن ضمان البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لكانت النصوص المتعلقة

(١) ويعتبر هلاكاً جزئياً أن يكون المبيع أرضاً عليها بناء فينهدم البناء ، فيكون المشتري مخيراً بين الفسخ وإنقاص الثمن . وكان التقنين المدني السابق كما قدمنا يميز الفسخ دون إنقاص الثمن ، فقضت محكمة النقض في عهد هذا التقنين بأنه إذا كان العقار المبيع أرضاً عليها بناء ، ثم هلك البناء لأي سبب ، فإن البيع لا يفسخ ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استيفاء المبيع ، ولا فرق في ذلك بين حالتي البيع الناقل للملكية والبيع الذي لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمراً ٨١ ص ١٥٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن انهيار البناء وبقاء الأرض لا يمتد هلاكاً كلياً بل هو هلاك جزئي ، فلا يفسخ البيع من تلقاء نفسه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢/٢٨ ص ٩٦) .

(٢) فإذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشتري ، وكان قد بلغ قدرماً من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أبرم البيع ، كان هذا علطاً جوهرياً يجعل البيع قابلاً للإبطال .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ .

(٤) استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما إذا لم يكن هناك توريد في بعض هذه النصوص . ذلك أنه ما دام البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ملكية كاملة ، فهو إذا لم يكن مالكاً - وهذا هو موضع الاستحقاق الكلي - كان المبيع يبيع ملك العير^(١) ، وكان للمشتري دعوى الإبطال . وإذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير - وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئي - فإن الملكية التي تعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشتري كاملة ، ومن ثم جاز للمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض إذا كان له مبرر .

ولكن القانون مع ذلك يجعل للمشتري في الحالتين المتقدمتين الذكر دعوى ضمان ، وهي غير دعوى الإبطال وغير دعوى الفسخ . هي غير دعوى الإبطال ، إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلاً تعرض من المالك الحقيقي للمشتري ، أما دعوى الإبطال فيستطيع المشتري رفعها قبل وقوع هذا التعرض . هذا إلى أن دعوى الضمان تتقدم بخمس عشرة سنة ، وتتقدم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات . ودعوى الضمان غير دعوى الفسخ ، إذ دعوى الضمان سببها قيام عقد البيع ، والتعويض فيها تولت النصوص تقديره تقديراً تفصيلياً فهو غير متروك لتقدير القاضي ، وإذا كانت تتقدم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسري من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتتعرض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد ، والتعويض فيها متروك لتقدير القاضي ولم تتعرض لتقديره النصوص ، وإذا كانت تتقدم هي الأخرى بخمس عشرة سنة فإن هذه المدة تسري من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ مدني ، فقد عرض لذكر عناصر التعويض تفصيلاً عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان ، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعويتين الأخريين ، فقالت العبارة الأخيرة من النص : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والسبب في خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التي تستمد مباشرة من القواعد العامة ، وتتفرع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، يرجع إلى اعتبارات تاريخية تمت إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . فقد كان البيع في العهد الأول للقانون الروماني ، عبارة عن نقل ملكية المبيع إلى المشتري عن طريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالإشهاد (mancipatio) ، وكان لا يترتب على هذه العملية أي التزام شخصي في ذمة البائع ، فهي مقصورة على نقل الملكية إلى المشتري . وإذا كان المبيع غير مملوك للبائع ، واستحق في يد المشتري ، فقد كان هذا يرجع على البائع بدعوى جنائية (actio auctoritatis) يتقاضى بموجبها ضعف الثمن الذي

دفعه ، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام في ذمة البائع . أما إذا انتقلت ملكية المبيع بالتسليم (traditio) ، فقد كان المشتري يشترط على البائع بعقد لفظي (stipulatio) مستقل عن عملية نقل الملكية تعويضاً فيما إذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع في القانون الروماني عقداً رضائياً يترتب التزامات في ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية ، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، فقد قدمنا أن البائع كان يلتزم في العهد الأول بنقل الحيازة لا بنقل الملكية . وقد تلقى التقنين المدني الفرنسي هذه التقاليد عن القانون الروماني وعن القانون الفرنسي القديم : ضمان تعرض واستحقاق لا يرتبط بنقل الملكية وإنما يرتبط بنقل الحيازة ، فلا يقوم إلا إذا وقع تعرض يعكس من هدوء هذه الحيازة ، لا مجرد إخلال بالالتزام بنقل الملكية ، وإذا قام فله قواعده الخاصة التي يستقل بها عن الدعاوى المتفرعة عن الالتزام بنقل الملكية - كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال - لا سيما فيما يتعلق بتقدير التعويض^(١) .

وهناك خصوصية أخرى في تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقوق الارتفاق . فقد كان البائع في القانون الروماني لا يضمن للمشتري خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، لا بموجب دعوى العقد اللفظي (actio ex stipulatu) ولا بموجب دعوى البيع ذاتها (actio empti) . ويرجع ذلك إلى أن التنظيم الاقتصادي للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق ، فلم يكن البائع مكلفاً أن يكشف المشتري بها ، ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فإذا أراد المشتري أن يضمن له البائع خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع في ذلك شرطاً خاصاً في عقد البيع (vendu ut optimus maximus) . أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يعتبر ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ، فيضمن البائع حق الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٢٦) بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكاليف المترتبة على المبيع إذ لم يعلن المشتري بها ، تمشياً مع تقاليد القانون الروماني . وانحرف في الوقت ذاته عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لا ضمان عيب خفي ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو في البيوع القضائية وكان لا يقوم لو أنه ضمان عيب خفي ، وأن يدفع البائع تعويضاً بسبب هذا الضمان ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضاً إلا إذا كان سعي النية لو أنه ضمان عيب خفي^(٢) .

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهراً في دعوى ضمان التعرض والاستحقاق

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩٣ - بودري وسيبيا فقرة ٣٤٩ مكررة - بيدان ١١ فقرة ١٨٦ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٨ وقرة ٩٥ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١ - بودري وسيبيا فقرة ٣٩١

(١) نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٣ ص ١٣٣ .

في التقنين المدني الفرنسي، فانفردت هذه الدعوى بالخصوصيات التي تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والإبطال المتفرعة عن التزام البائع بنقل الملكية. وانتقلت هذه الخصوصيات إلى التقنين المدني المصري، إلا أن هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل التقنين المدني الفرنسي، ولكنه أشار إلى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق الجزئي م ٤٤٤ مدني، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو إعلان البائع إياه للمشتري شرطاً ضمناً لعدم الضمان (م ٢/٤٤٥ مدني).

وليست القنينات اللاتينية هي وحدها التي تحمل طابع التقاليد في ضمان التعرض والاستحقاق، بل يحملها أيضاً - وإن كان بدرجة أقل - التقنينات الجرمانية. تقنين الالتزامات السويسري (م ١٠٢ و م ١٩٧) منشعب بهذه التقاليد. أما التقنين المدني الألماني (م ٤٣٤ و م ٤٤٠) فقد حرر منها في العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكتفى باحتمال وقوعه، ولكنه في المنقول بقي متأثراً بالتقاليد إذ يشترط وقوع التعرض. وقد تحرر تقنين الالتزامات البولوني (م ٣٠٦ و م ٣١١ و م ٣٣٦) من هذه التقاليد، إلى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماء ضمان العيوب القانونية، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماء ضمان العيوب المادية، وأرجع الضمانين إلى أصل واحد، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه في كل من العقار والمنقول (١).

٣٢٦ - شمول ضمان التعرض والاستحقاق: والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع، لا سيما إذا كان العقد من المعاولات. فهو موجود في عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها، وموجود إلى مدى أضيق في التبرعات كالهبة. ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو بنقل الشيء أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أي شخص آخر. فإذا كان العقد معاوضة برز هذا الضمان في صورة أوضح، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مقابلًا فيجب أن يخلص له الشيء الذي دفع فيه المقابل.

فضمان التعرض والاستحقاق، كضمان العيوب الخفية وكالتسليم، كان من الممكن جعله نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع، وهذا ما فعله المشروع التمهيدي للتقنين المدني الألماني. ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يقلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه، فقد درجت التقنينات - وإلى هذا انتهى أيضاً التقنين المدني الألماني نفسه في صورته النهائية - على إدماج هذا

(١) كولان وكايتان ٢ الفقرة ٨٩٣ ص ٥٩٨ - ص ٥٩٩.

الضمان في عقد البيع، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم. وتجعل التقنينات القواعد التي أدمجت في عقد البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود إلى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة. وعلى هذا النهج سار التقنين المدني المصري، فقد أشار في خصوص عقد الشركة إلى هذه القواعد العامة المدرجة في عقد البيع (م ١/٥١١ مدني)، وكذلك في خصوص عقد القرض (م ٥٤٠ مدني)، وأفاض في بسط هذه القواعد في خصوص عقد الإيجار (م ٥٧١ - ٥٧٥ مدني) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية، وأبرز خصوصية الضمان في عقد الهبة (م ٤٩٤ مدني) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة، وكذلك فعل في عقد العارية (م ١/٦٣٨ مدني).

٣٢٧ - التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير: وفي ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع يحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير، إذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها.

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

٣٢٨ - مسائل ثلاث: نبحث في ضمان البائع للتعرض الصادر منه مسائل ثلاثاً: (أ) متى يقوم هذا الضمان. (ب) ما يترتب على قيام الضمان، (ج) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان.

٣٢٩ - (أ) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع - نصوص قانونية: تنص المادة ٤٣٩ من التقنين المدني على ما يأتي:

«يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتاج به على المشتري. ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه» (١).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدي انتهى بالعبارة الآتية: «ويثبت التزام البائع بالضمان ولو لم ينص عنه في العقد». وفي لجنة المراجعة حذفت هذه العبارة لعدم الحاجة إليها، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٠ و ص ٨٢ - ص ٨٣).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٧٤/٣٠٠ و ٣٨٤/٣١٠ (١).
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٧.

(١) التقنين المدني السابق م ٣٧٤/٣٠٠: من باع شيئاً يكون ضامناً للمشتري الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع، وكذلك يكون البائع ضامناً إذا كان الحق العيني للآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد. ووجوب الضمان لا يحتاج إلى شرط مخصوص به في العقد.
م ٣٨٤/٣١٠: نزاع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنز ملكيته كله. وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد، ولم يحصل الإعلام به ولم يكن ظاهراً وقت البيع، يعتبر كنز الملكية بتمامها. هذا إذا كان الجزء المنتزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو عملها المشتري لامتنع عن الشراء.

ولا يوجد فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق، مع ملاحظة أمرين ذكرتهما المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى: (أ) تجنب (التقنين الجديد) عيباً وقع فيه التقنين الحالي (السابق) في المادة ٣٧٤/٣٠٠، إذ قررت هذه المادة أن البائع يضمن للمشتري وجود حق عيني على المبيع لشخص آخر وقت البيع. وينبنى على ذلك ألا ضمان إذا ظهر أن العين المبيعة مؤجرة بعقد ثابت التاريخ قبل البيع، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية. وقد قضت محكمة النقض بذلك (١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ١١ - و ٣ مارس سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٢٦) وعيب هذا الحكم أن العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الأجرة قد قبضت مقدماً، ويكون كل هذا نافذاً في حق المشتري طبقاً لأحكام القانون، فلا يستطيع أن يرجع ضمان الاستحقاق على البائع. لذلك لم يشترط المشروع أن يكون للغير حق عيني على المبيع، بل كل ما اشترطه هو أن يكون له حق على المبيع يحتاج به على المشتري، فيدخل في ذلك حق المستأجر في الغرض المشار إليه (ب) وضع (التقنين الجديد) الحكم القاضي بعدم ضمان حقوق الارتفاق إذا حصل الإعلان بها أو كانت ظاهرة في مكانه الطبيعي عند الكلام في الارتفاق على تعديل الضمان، لا عند الكلام في حكم الاستحقاق الجزئي كما فعل التقنين الحالي (السابق): م ٣٨٤/٣١٠. (والتقنين الجديد) فيما عدا ذلك كالتقنين الحالي (السابق) يجعل البائع ضامناً للتعرض إذا لم تصل منازعة الغير للمشتري في المبيع إلى نزاعه من يده، وضامناً للاستحقاق إذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع. ويميز بين فعل البائع وفعل الغير، فالبايع يضمن فعله مطلقاً، ويعتبر تعرضاً منه أن يخول للغير على المبيع حقاً يحتاج به على المشتري. أما الغير، فإذا كان تعرضه مادياً أى غير منبى على سبب قانوني فلا شأن للبائع في ذلك، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بما وضعه القانون في يده من وسائل. وإذا كان تعرضه مبنياً على سبب قانوني، فإن كان هذا السبب موجوداً وقت البيع أو بعد البيع ولكن بفعل البائع وجب الضمان، وإلا فلا يجب. ويلاحظ أن (التقنين الجديد) كالتقنين الحالي (السابق) أيضاً في أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلاً من الغير، سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم. نقص ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣١. أما إذا اقتصر الأمر على ظهور حق للغير على العقار دون أن يتعرض هذا الغير فعلاً، فلا ضمان على البائع: انظر عكس ذلك التقنين البولوني م ٣١٣. ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة، فيستطيع المشتري أن يطالب بفسخ البيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨١ - ص ٨٢).

- وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ (١).

والنص يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير في وقت واحد. ويخلص منه، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع، أن ضمان هذا التعرض يقوم إذا صدر تعرض من البائع للمشتري بعد إبرام عقد البيع. فنبحث إذن: (١) أعمال التعرض الصادر من البائع. (٢) المدين في الالتزام بضمان التعرض وهو البائع. (٣) الدائن في هذا الالتزام وهو المشتري. (٤) البيع الذي ينشئ هذا الضمان.

٣٣٠ - (١) أعمال التعرض الصادر من البائع: لقيام ضمان التعرض، يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول، كلياً أو جزئياً، دون انتفاع المشتري بملكية المبيع. فيجب إذن توافر شرطين:

(أولاً) وقوع التعرض فعلاً، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفي (٢). فإذا هدد البائع

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري. وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ - فقرة ١٥٤).
التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ٥٤٩: ١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعى أن له حقاً على المبيع وقت البيع.

يحتاج به على المشتري. ٢ - ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد.

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩٨ - فقرة ١٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ - فقرة ٤٥٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٨: إن الضمان الواجب على البائع للمشتري يرمى إلى غرضين: أولهما ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة، والثاني ضمان النقائص والعيوب الخفية في المبيع.

م ٤٣١: إن البائع، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخص. وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً.

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢.

(١) أ - التعرض الشخصى الذى يضمنه البائع فى مفهوم المادة ٤٣٩ من القانون المدنى هو كل عمل يعكر على المشتري حقه فى حيازة المبيع والانتفاع به، فلا يدخل فى ذلك ما يديه البائع فى دعوى صحة التعاقد التى يقيمها عليه المشتري من دفع أو طلبات يهاجم بها اجراءات الخصومة سواء لحوار فيها أو لسقوطها أو لنقصاتها بمضى المدة، اذ لا يعتبر هذا من قبيل التعرض لحقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع.

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق ص ٣١ ص ٣٦٦)

ب - الاخلال بالالتزام شرطه أن يكون قالياً لوجود العقد. مؤداه بيع. بيع الطاعن نصف مساحة الأرض المبيعة للمطعمون ضده فى تاريخ سابق على عقد الأخير. لا يعد إخلالاً بالالتزام قضاء الحكم المطعون فيه بالفسخ. خطأ

(جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٦ الطعن ١١٣١ لسنة ٦٨ ق)

المشتري بالتعرض له ، لم يكف هذا التهديد لقيام ضمان التعرض ما دام البائع لم ينفذ وعيده ويتعرض بالفعل (١). وإذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية وبأدر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فانتقلت الملكية إليه هو دون المشتري الأول ، ولكن المشتري الثاني لم يتخذ أى إجراء لنزع العقار من يد المشتري الأول ، فليس للمشتري الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى لإبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذى صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك ، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من نقل الملكية إليه . ويتربط على أنه لا بد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشئاً لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلاً ، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض (٢).

(ثانياً) أن يكون التعرض الذى وقع فعلاً عملاً من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع البائع بملكية المبيع (٣). ويستوى فى ذلك أن يكون التعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) ، أو يكون مبنياً على سبب قانونى (trouble de droit) (٤) (١).

والتعرض المبنى على سبب مادي قسمان: قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع ، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع - سواء قبل البيع أو بعده - يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع (٢). ويلاحظ ، فيما يتعلق بهذا

(١) بلانيول وريبير وهامس ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٤ .

(٢) الأستاذ عبدالمعظم البدرى ٣٣٢ فقرة .

(٣) ويضاف عادة أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات البائع (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٠ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥٥ ص ٧٦) وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع مسألة واقع يترك تقديرها لقاضى الموضوع (بلانيول وريبير وهامس ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) .

(٤) استشاف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ .

(١) عقد البيع عقد تبادلى ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدنى على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانب المشتري فى حياته للبيع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً ، وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابل التزام المشتري بأداء الثمن وقد خولت المادة ٤٥٧ من القانون المدنى فى فقرتها الثانية المشتري حق حبس الثمن حتى يمتنع التعرض .

(جلسة ١٢/١٧/١٩٥٩ الطعن ١٢٠ لسنة ٢٥ ق م ١٠ ص ٨١٠)

(٢) مفاد نص المادة ٤٣٩ من القانون المدنى أن البائع يلتزم بضمان عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع المبيع أو منارعتة فيه وهو التزام ابدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر فيمتنع على البائع أبداً التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض وبالتالي يمتنع على البائع دفع دعوى =

القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانونى الصادر من البائع إلى الغير يعد عملاً مادياً بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفاً فى هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذى يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجراً لآخر ، ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري فى عمله السابقين ويجتذبهم إليه بحكم العادة (١). فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشتري فى انتفاعه بالمبيع (٢) (١)، ولو أن أجنبياً هو الذى أنشأ المتجر المجاور فإن منافسته لا تكون غير مشروعة ما دامت فى حدود المنافسة المألوفة بين التجار ، وذلك لأن الأجنبى غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض (٣). أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال

= المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع بالتقادم استناداً إلى مضي أكثر من خمس عشرة سنة على حصوله البيع أو الحكم بصحة لأن ذلك من قبيل المازعات التى يمتنع على البائع ابدائها كآثر من آثار التزامه بالضمان وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته - واذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة .

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ الطعن ٥٥٧ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤ الطعن ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن ٢١٢٩ لسنة ٥١ ق م ٣٥ ص ٢١٨٢)

(جلسة ١٩٨٠/١/٣١ الطعن ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق م ٣١ ص ٣٦٦)

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ - بودرى ومينيا فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر محلاً تجارياً بما فيه من بضائع ، وتعهد فى عقد البيع بالألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشتري فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلاً بنفس العمارة التى بها المحل المبيع والتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع ، فقد أدخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعاً ، كما أدخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع . وإن هذا الإخلال أن هو إلا تعرض للمشتري فى بعض المبيع من شأنه أن ينقض من قيمته ، وينقض قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشتري من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشتري أى ضرر غير ذلك (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩١) .

(١) إذا باع شخص لآخر محل تجارياً بما فيه من بضائع ، وتعهد فى عقد البيع بالألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشتري فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلاً بنفس العمارة التى بها المحل المبيع والتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع ، فقد أدخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعاً ، كما أدخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع ، وإن هذا الإخلال أن هو إلا تعرض للمشتري فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته ، وينقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بذاته الضرر الذى أصاب المشتري من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشتري أى ضرر غير ذلك . (جلسة ١٩٥٦/٣/٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٢٩١)

(٣) ومن أمثلة التعرض الصادر من البائع ، ويقوم على أعمال مادية محضة ، أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه لتأشره ، فلا يجوز للمؤلف - ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك - أن يعيد طبع الكتاب قبل نفاذ -

التعدي أو العنف ، فانه يكون مسئولاً عن عمله كأي شخص آخر ارتكب عملاً غير مشروع ، لا كبائع ملتزم بضمان التعرض (١).

ومثال القسم الثاني الذي يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية، ويأدر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فتنتقل الملكية إليه دون المشتري الأول، فينتزع منه العقار . فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثاني وهو تعرض صادر من الغير ، وهو في الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثاني في تعرضه قد استمد حقه من البائع . وكبيع العقار مرة ثانية بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثاني فتنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة إذا كان حسن النية، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثاني والبائع في وقت واحد . وفي المثليين المتقدمين صدر التصرف الثاني من البائع - وهو تعرض مبنى على سبب مادي كما قدمنا - بعد صدور البيع الذي أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانوني من البائع قبل صدور البيع لا بعده ، فإذا باع شخص عقاراً أو منقولاً إلى مشترٍ أول باءر إلى تسجيل البيع في العقار أو إلى تسلم المنقول ، ثم بعد ذلك باعه إلى مشترٍ ثانٍ ، فالبيع الثاني يكون بيع ملك الغير ، وقد يجيزه المشتري الثاني فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانوني صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع المبني على سبب قانوني (trouble de droit) فيقع إذا ادعى البائع حقاً على المبيع في مواجهة المشتري، سواء كان الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له، مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً، وقبل أن يسجل المشتري البيع أي قبل أن تنتقل إليه الملكية من البائع يرفع البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكا للعقار، فهذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه، إذا لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان (٢). ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع

= نسخ الطبعة التي باعها (بودري وسينيا فقرة ٢٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢). ومن أمثله كذلك أن يبيع شخص مصنعا يعتمد في توليد الكهرباء على مسقط مياه بقي في ملك البائع، ثم يغير البائع مسقط المياه بحيث يمنع توليد الكهرباء أو يقل (بودري وسينيا فقرة ٢٥٢ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤١٥). وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن البائع يكون مسؤولاً إذا هو باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، ثم أثنى الميدان بعد ذلك وقسمه أجزاء لبيعه ، لأن في ذلك حرمان المشتري من الانتفاع بمظهر الميدان (استئناف وطني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٥٠).

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣ .

(٢) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجمعان . ومن أمثلة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أقرز المبيع بموجب قسمة قابلة للإبطال ، ثم باعه بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطالب بإبطال القسمة ، فلا يبطل البيع فيكون هذا تعرضاً منه مسبباً على سبب قانوني (أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ ص ٧٨ هامش رقم ٥ الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) .

شخص عيناً غير مملوكاً له ، ثم يصبح مالكا لها بسبب من أسباب الملك كالإرث الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة . فيحتج على المشتري بهذا الملك الحاضر بعد البيع ، ويزيد أن ينتزع العين منه بموجبه ، فعند ذلك يجوز للمشتري أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون في هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع - وهو بيع ملك الغير - تنتقل إلى المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدي).

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك، وذكرنا من أسباب الملك الإرث والوصية والعقد والشفعة (١). أما الاستيلاء فغير متصور في حالتنا هذه

(١) أ - يمتنع على البائع أن يتعرض للمشتري سواء أكان التعرض مادياً أم كان تعرضاً قانونياً لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، ولما كان من آثار الأخذ بالشفعة أن الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوتها يعتبر سنداً للملكية الشفيع فتنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع الذي يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته قبل البائع على ما تقضي به المادتان ٩٤٤ و ١/٩٤٥ من القانون المدني ، ومن ثم فإن طلب الأخذ بالشفعة يمتنع على البائع في مواجهة من اشترى منه العقار حتى ولو انتقل إليه حق الشفعة بطريق الأثر لأن في ذلك تعرض منه للمشتري في العقار المبيع وأخلاقاً بالتزامه الأبدى ولن يمتد عند البيع وفقاً لهذا العقد .

(جلسة ١٩٨٨/٦/١٦ الطعن ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٤ الطعن ٣٢٦٣ لسنة ٥٨ ق)

ب - التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري يوجب على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري فإذا لم ينجح البائع في ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض .

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨ الطعن ١٧٩ لسنة ٥٣ ق)

ج - الضمان الناشئ لمصلحة مشتري العقار نتيجة قيام البائع بتحميل العقار برهن رسمي باعتباره تعرضاً مادياً منه ، لا يتيح لهذا المشتري الذي لم يقوم بقضاء الدين المضمون بالرهن وأراد استبقاء المبيع واعتار التعويض المعنى سوى مطالبة البائع إزالة التعرض بتحرير العقار المبيع من الرهن فإن امتنع البائع عن التنفيذ أو استحال عليه ذلك لم يكن لهذا المشتري سوى التعويض بمقابل وفي الحالين لا يكون له أن يطلب الزام البائع بأن يؤدي له هو الدين المضمون بالرهن لينوب عنه في تسليمه للدائن المرتهن، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يطالب البائعين بدعواه الماثلة سوى بالزامهم بأن يدفعوا متضامتين له قيمة دين البك الدائن المرتهن ليؤدي هو له فإن دعواه في هذا الخصوص تكون غير مقبولة.

(جلسة ١٩٨٦/٣/١٣ الطعن ٢١٥٢ لسنة ٥٢ ق)

د - تنازل البائع للمشتري في عقد البيع بالجدك عن عقد ايجار المحل المبيع وتعهده بمسداد القيمة الايجارية للمؤجر من تاريخ استلامه المحل . مؤداه . ضمان البائع لاستمرار العلاقة الايجارية .

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق)

إذ الاستيلاء يفترض أن الشيء مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شيء غير مباح إذ سبق للبائع بيعه . وكذلك الالتصاق لا يرد من الناحية العملية ، إذ يصعب افتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشتري بناء بهذه المواد على أرض البائع فملكها البائع بالالتصاق ، ولو تحقق هذا الفرض فعلاً فلا يرى مانعاً من أن يحتج البائع في مواجهة المشتري بأنه تملك مواد البناء بالالتصاق ويلتزم بدفع إحدى القيم المنصوص عليها في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني إلى المشتري تبعاً لما إذا كان هذا سبب النية أو حسن النية .

بقي من أسباب الملك التقادم ، وهذا ما نتقل الآن إليه .

٣٣١ - تملك البائع المبيع بالتقادم : يجب هنا أن نميز بين فرضين ، أولهما أن البائع باع عيناً لا يملكها ولكنه كان حائزاً لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثاني أن البائع باع عيناً مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقي حائزاً لها حتى ملكها بالتقادم .

ففي الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير ، إذ البائع لا يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني تنطبق في هذه الحالة ، وقد آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، فينتقل بيع ملك الغير صحيحاً وتنتقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد أن يملك البائع العين بالتقادم . ويستوى في ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع حسن النية . مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حائزاً للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيعها وتبقى في يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فتنتقل إليه الملكية بالتقادم وتنتقل في الحال إلى المشتري . ومثل التملك بالتقادم القصير أن يكون البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقي واضعاً يده عليه أربع سنوات ، ثم باعه للمشتري مع استمرار وضع يده السنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات ، فيملك العقار بالتقادم القصير ، وتنتقل منه الملكية إلى المشتري .

أما في الفرض الثاني فإن البائع قد باع عيناً يملكها ، وسواء انتقلت الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري البيع ، فإن البائع ملتزم بضمان التعرض (١) . فإذا هو امتنع من تسليم العين للمشتري ، ووضع يده عليها باعتباره مالكا فكان بذلك مغتصباً لها ، فإنه يكون متعرضاً للمشتري منذ أول عمل مادي من

(١) ملكية العقار تظل مفقودة لصاحبها إلى أن يملكها منه غيره بطريق من طرق كسب الملكية ولا تقبل من قبل ذلك محاولة كسب ملكية مال هو من ملكيته فعلاً ، ومن ثم فإن من باع العقار الذي يملكه لا يجوز له التحلل من التزاماته الناشئة عن هذا البيع بحجة معاودة اكتساب ملكيته من المشتري بطريق التقادم إلا بعد أن تكون الملكية قد انتقلت من ذلك البائع إلى هذا المشتري فعلاً وليس قبل ذلك . (جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ الطعن ١٢٩٦ لسنة ٥١ ق) .

أعمال وضع اليد التي تدل على نية التملك ، ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا انقضت خمس عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشتري التقادم ، ثم أمران : (أولاً) سقطت دعوى المشتري في ضمان التعرض بالتقادم المسقط . (ثانياً) تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب ، ولا يستطيع المشتري أن يحتج عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم . ونرى من ذلك أن البائع يستطيع أن يملك المبيع على المشتري بالتقادم إذا بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع ، ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض . ذلك أن التقادم سبب قانوني للتملك لا اعتبارات ترجع إلى وجوب استقرار التعامل ، ويستطيع غير المالك أن يملك بهذا السبب حتى لو كان بائعاً (١) للشيء الذي يملكه بالتقادم (٢) .

وهذا هو الذي قضت به محكمة النقض إذ تقول : « متى كان الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، كان القول بأن تملك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه في المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً - كان هذا القول مخالفاً للقانون » (٣) . وقد

(١) فلا مسؤولية على البائع ما دام يرتكن في عمله إلى حق مقرر في القانون ، فله مثلاً أن ينفذ على المبيع بدين له في ذمة المشتري ، وله أن يأخذ المبيع بالشفعة إذا باعه المشتري إلى أجنبي فيكون له كذلك أن يملك المبيع بالتقادم (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٠ - ص ٢٣٢ - الأستاذ عبدالمنعم البدرأوى فقرة ٢٩١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ - ص ١٥٤ .

وإذا كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري عقد البيع ، فاستبقى البائع الملكية مع الحياة خمس عشرة سنة ، فإنه يبقى مالكا كما كان دون حاجة إلى التمسك بالتقادم المكسب ، ولو فرض أن المشتري سجل البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يحتج بالتقادم ، إذ يعتبر أنه قد وضع يده على عقار غير مملوك له منذ البيع ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين على الرأي الذي نقول به . بقي أن يسجل المشتري عقد البيع بعد مضي مدة من صدوره ولكن قبل انقضاء خمس عشرة سنة ، ففي هذه الحالة يصبح المشتري مالكا للعقار المبيع من وقت البيع بالنسبة إلى البائع بفضل الأثر الرجعي للتسجيل ، فإذا أكمل البائع مدة التقادم كان واضعاً يده على ملك غيره منذ البيع ، فيملكه بالتقادم .

(٣) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ ص ٢٦٨ - وانظر أيضاً : استئناف محتلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ .

وقد ملحت محكمة النقض في حكم آخر يجوز التمسك بالتقادم المكسب دون التقادم المسقط ، فقضت بأن من أحكام عقد البيع إلزام البائع بضمان عدم مازعة المشتري في المبيع ، فيمتنع عليه =

دعت محكمة النقض الفرنسية^(١) إلى عكس هذا الرأي ، وقضت بأن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يحتج بالتقادم على المشتري ، لأنه ملتزم بالضمان وهذا الالتزام أبدى لا يسقط بالتقادم^(٢) . ومن اليسير الرد على هذه الحجة ، فانه إذا كان التزام البائع بضمن التعرض الصادر منه التزاماً أبدياً ، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلاً فقد تحقق الضمان ، وكان للمشتري دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تسقط كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلاً^(٣) .

٣٣٢ - (٢) المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع - عدم قابلية الالتزام للانقسام الملزم بضمان التعرض الموجب للضمان^(٤) . ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف العام ، لأن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوراث ، بل يبقى في التركة . فإذا باع شخص عيناً مملوكة لوارثة ثم مات ، فإن الوارث يستطيع أن يسترد العين من المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثته عن مورثه ،

= أبدأ التعرض للمشتري ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم أبداً التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، إلا إذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الأرض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة . ولما كان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعة لعودها عن رفع دعاوها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة المحتمة قانوناً على المطعون عليهم بمقتضى إلزام القانون مورثهم بالضمان السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعة استناداً إلى هذا الدفاع ، فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩) . ونرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقادم المسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً . فإذا رفع المشتري ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط ، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ - ص ١١٦) .

(١) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٤٣ .

(٢) ويؤيد رأي محكمة النقض الفرنسية أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ - بيدان ١١ فقرة ٢٠١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٤ .

(٣) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٤) وفي البيع الجبري يعتبر المدين بائعاً ، وهو الذي يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له أن يتعرض لراسى عليه المزداد بنفسه تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، كأن يدعى الملكية لنفسه بأى سبب من أسباب التملك (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

فان هذا الالتزام لم ينتقل إليه^(١) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى في التركة كما قدمنا ، ومن ثم يرجع المشتري على التركة بالتعويض ، ولا يأخذ الوارث من التركة شيئاً قبل استئصال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الحلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع ، فان المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو ليستقيه إذا استرده الموصى له ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له ، بل بقي في التركة . وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة ، ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض ويبقى من هذا الباقي ما لا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استئصال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان البائع إلى دائته ، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزاع الملكية ، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ ولا يحتج عليه المشتري بأنه ملتزم بالضمان عن مدينه ، فان هذا الالتزام لا يتعدى إليه كما قدمنا .

والالتزام بالبائع بضمان تعرضه التزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانتفاعه بالمبيع ، فهو إذن التزام غير قابل للانقسام (indivisible) ، حتى لو كان

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٩٣ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٣٠ هامش ٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ ص ١٥٦ - ص ١٥٧ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٣٧٢ وفقرة ٢٢٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٦ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٣٤٧ .

(١) أ - من أحكام البيع المنصوص عليها في المادة ٤٣٩ من القانون المدني التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وهو التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده ولو لم يشهر وينتقل من البائع إلى ورثته ، وليس لهم منازعة المشتري فيما كسبه إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط التقادم المكسب الطويل المدة .
جلسة ١٩٨٥/١٢/١٢ الطعن ٥٤٨ لسنة ٥٢ ق

ب - طلب ورثة البائع تثبيت ملكيتهم للعين المبيعة . اعتباره إخلالاً بالتزامهم بعدم التعرض للطاعة - ويمتنع عليهم قانوناً منازعتها فيما كسبت من حقوق بمقتضى عقد البيع ولو لم يسحلا . واذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه على أن ملكية الأعيان المبيعة لم تنتقل إلى مورث الطاعة لأنه لم يسجل عقدي شرائه فإنه يكون قد حالف القانون وأخطأ في تطبيقه .
(جلسة ١٩٩٨/١١/١٧ الطعن ١٢٧١ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٦٦/١/١٣ الطعن ٢٢٠ سنة ٣١ ق ص ١٧ ع ١٢٣)

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ ق ص ١٤ ع ١ ص ٣٩٨)

المبيع ذاته قابلاً لأن ينقسم . ويتربط على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بذمة أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعددين ، بل يكون كل منهم مدينًا بالالتزام كله . فلو كان شخصان يملكان داراً في الشيوع ، وباعاها معاً ، التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذي يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئاً ، فإن الشخص الأول يبقى ملتزماً بعدم التعرض في كل الدار ، ولا يستطيع أن يسترد من المشتري النصيب الشائع الذي لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشتري أن يدفع استرداده بأنه ملتزم بعدم التعرض . فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين ورثا داراً فباعاها معاً ، ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له أن يسترد شيئاً من المشتري ، إذ هو ضامن لتعرضه في كل الدار . وهذا هو ما أجمع عليه القضاء والفقهاء في فرنسا (١) ، وسار عليه الفقه في مصر (٢) .

٣٣٣ - (٣) الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع : الدائن في هذا الالتزام هو في الأصل المشتري ، فهو الذي يقع عليه التعرض عادة . ويتنقل هذا الحق إلى الخلف العام ، لأن الحقوق بخلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث . فلو أن شخصاً اشترى داراً ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوارث في الدار ، كان

(١) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيرة ١٥ - ١ - ٢٣١ - ١١ أغسطس سنة ١٨٣٠ سيرة ٣٠ - ١ - ٣٩٥ - نقض بلجيكي ٥ يونيو سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ٢ - ٢٠٩ وباسيكري ٥٦ - ١ - ٣٠٨ - جيوارا ٣٤٣ فقرة ٣٤٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٨ و ١٢ - لورن ٢٤ فقرة ٢١٥ - بودري وسينيا فقرة ٣٦٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣ - كولان وكايتان ، فقرة ٩٠٣ - ويعترض بولانيجه على هذا الحكم ، ويميل إلى التمييز ما بين التعرض المبني على سبب مادي وهذا غير قابل للانقسام والتعرض المبني على سبب قانوني وهو قابل له (بلانيول وريبير وبولانيجه ٢ فقرة ٢٥١٦ - وانظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

وكان الحكم في القانون الفرنسي القديم غير ذلك ، إذ كان الالتزام ينقسم ، فإن استرد البائع الأول النصيب الذي لم يبعه في الدار ، جاز للمشتري أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا تتجزأ عليه الصمعة . ويسترد المشتري من البائع الأول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الأول على البائع الثاني بما دفعه عنه (بوتيه في البيع فقرة ١٧٣) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧ - الأستاذ محمد علي إمام ٢١٤ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٣٨ - الأستاذ جميل الشراوي فقرة ٦٦ ص ٢٣٠ - الأستاذ عبدالمعزم البدراني فقرة ٢٩٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٣٤٧ فقرة ٤٤٨ . وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

للوارث أن يحتج عليه بالتزامه بضمان التعرض كما كان يحتج مورثه . ويتنقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، كان البائع ملزماً بعدم التعرض لا للمشتري الأول فحسب ، بل أيضاً للمشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة . وللمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة ، هي دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول وقد انتقلت إلى المشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض . فلو أن شخصاً باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها ، فإنه لا يستطيع أن يستردها من المشتري كما سبق القول لالتزامه بعدم التعرض ، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

٣٣٤ - (٤) البيع الذي ينشئ الضمان : وكل بيع ينشئ الضمان ، فيتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشتري . يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزايدة ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .

فإذا باع شخص عقاراً ، ثم باعه مرة أخرى إلى مشتري ثان ، وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فإن البائع يكون ملتزماً بضمان التعرض نحو المشتري الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشتري غير مسجل . وكذلك يكون البائع ملتزماً بضمان التعرض إذا صدر هذا التعرض من دائنه في بيع غير مسجل . فإذا باع شخص عقاراً ، ولم يسجل المشتري البيع فبقى العقار مملوكاً للبائع ، وبادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد البيع ، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر في

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص مورثاً له فإنه يكون دائناً بضمان التعرض لمن باع للواهب ، وله أيضاً دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يستطيع رفعها باسم الواهب (بودري وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤) .

(١) عقد البيع سواء أكان مسجلاً أو غير مسجل يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حقه في الضمان لأن التزام البائع به هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاد هو التي تنتقل من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المدة الطويلة المكسبة للملكية .

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن ٤٧٦ لسنة ٢٩ ق ٢٦ ص ٨٤٤)

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٦ الطعن ١٠ لسنة ٣٦ ق ٢١ ص ٦٥٨)

(جلسة ١٩٦٩/١/١٦ مجموعة أحكام القضاء لسنة ٢٠ ص ١٢٨)

التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان نحو المشتري ولو أن البيع لم يسجل (١) (١).

وضمان التعرض واجب في بيع المزداد وجوبه في بيع المساومة ، ويستوى كما قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً أو اختيارياً . وسرى أن ضمان العيوب الخفية لا يجب في البيوع الجبرية ، قضائية كانت أو إدارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدني على أنه لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد . ولكن ضمان التعرض واجب في كل هذه البيوع . فإذا باع الدائنون على المدين ماله في المزداد ، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع كما هو الأمر في كل بيع آخر . والبائع هنا ليس هم الدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزماً بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المزداد (٢).

٣٢٥ - (ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع : التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم (٣) . فإذا أخل به البائع بأن تعرض فعلاً للمشتري ، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشتري عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذا فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصي من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩).

وضمان التعرض في ذلك كضمان الاستحقاق ، فالضمانات واجبان حتى في بيع غير مسجل . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « هذا وضمان الاستحقاق واجب حتى في بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع العقار مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول ، وكما إذا نفذ الدائن الشخصي للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢) .

(٢) ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة . ويجوز أيضاً لمسترد حصة شائعة في منقول باعها أحد الشركاء لأجنبي (م ٨٣٣ مدني) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .

(٣) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(١) للبائع بمقد لم يشهر الحق في طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من يتنازع فيه عدا المشتري الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن شهراً .

(جلسة ١٩٥٨/١٢/١٨ الطعن ٢٢٢ لسنة ٢٤ ق ٩ ص ٧٧٦)

التزام جزائي بالتعويض (١) . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به المشتري في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلاً ، سقط بالتقادم كما قدمنا ، ولا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائي هو الذي يترتب على قيام ضمان التعرض . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائماً على أعمال مادية محضة ، كمنافسة المشتري في المتجر المبيع ، وجب على البائع تعويض المشتري عما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب في الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذي أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهديد مالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر (١) .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على تصرف قانوني صادر منه ، بأن باع مثلاً العقار مرة أخرى لمشتري ثان وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل ، فلا مناص من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول ، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعي لنفسه حقاً على المبيع ، بأن كان مثلاً قد باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشتري ، فلا يستطيع البائع أن يسترد العين ، لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل إن البائع ، لو لم يملك

(١) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩١ ص ٩٥ - عبدالفتاح عبدالباقي فقر ١٣٨ .

(١) أ - التزام البائع بالضمان هو من الالتزامات التي تنشأ من عقد البيع بمجرد انعقاده ويتمتع على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري فإذا لم ينجح البائع في ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض .

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨ الطعن ١٧٩ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ مجموعة احكام النقض السنة ٢٦ ص ٨٤٤)

ب - عقد البيع عقد تبادل ينعش بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجت المادة ٤٣٩ من القانون المدني على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشتري في حيازته للمبيع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً ، وهذا الالتزام المستمر الملقى على عاتق البائع يقابله التزام المشتري بإداء الثمن ، وقد حولت المادة ٤٥٧ من القانون المدني في فقرتها الثانية المشتري حق حبس الثمن حتى يمتنع عن التعرض .

(جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧ الطعن ١٢٠ لسنة ٢٥ ق ١٠ ص ٨١٠)

المبيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع الصادر منه للمشتري ، لأن في طلب إبطال البيع ضرباً من التعرض للمشتري والبائع ملزم بعدم التعرض (١) .

وفي أحكام بيع ملك الغير ما يتفق مع قدمناه من الأحكام . فالبائع إذا باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت الملكية إلى المشتري من البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من المشتري إذ يواجه بالتزام الضمان . كذلك لا يستطيع البائع أن يطالب بإبطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكة له ، لأن قابلية بيع ملك الغير للإبطال إنما تقررت لصالح المشتري لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع طلب إبطال البيع إذ يواجه كما قدمنا بالتزام الضمان (٢) (١) .

٣٣٦ - (ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي : «إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك» (٣) .

(١) وقد أورد كولان وكابيتان مثلاً للتعرض الصادر من البائع أن يطالب بإبطال بيع صدر منه في عين غير مملوكة له ، فيعد هذا تعرضاً منه للمشتري ولا تقبل دعواه (كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٤) .

(٢) وقد يقوم تعرض البائع على تقديمه بطعن في سند ملكيته للمبيع ، فإذا قبل هذا الطعن تأخر حق المشتري . مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه في الشروع ، وباع حصته التي أفرزتها هذه القسمة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في القسمة بالإبطال ، لأن هذا الطعن من شأنه أن يؤثر في حق المشتري للحصة المفرزة ، فيعتبر الطعن تعرضاً منه للمشتري ، ومن ثم لا يسرى في حق هذا المشتري . (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥ هامش ٢) .

(٣) أنظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له في التقنين المدني السابق وفي التقنينات المدنية العربية الأخرى ما يلي فقرة ٣٥٥ - ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد وبين التقنين المدني السابق والتقنينات المدنية العربية الأخرى .

(١) أ - متى كان قد ثبت لهكمة الموضوع أن المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاحق بسند البائع له وأنه أقدم على الشراء مجازفاً ونحت مسؤوليته فإنه لا يكون له الحق في طلب التضمنات ومنها مصاريف العقد .

(جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠ الطعن ٩٠١ لسنة ٦٨ ق)

(مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عام ٨٨ - ٢٥٩)

ب - والمقرر في أحكام عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ مدني (قديم) أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليحتج على المشتري به الرجوع على البائع بأي تعويض في حالة الاستحقاق .

(مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عام ٨٨ - ٥ - ٨٨٤)

ويعرض هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاث في الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض ، وهي حالة الاتفاق على إسقاط الضمان (١) . ويوجد إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان : حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجائز . ذلك أن البائع يلتزم ، إذا لم يقع اتفاق على أي تعديل في أحكام الضمان ، بضمان التعرض الصادر منه المشتري في ملكيته للمبيع وفي انتفاعه به الانتفاع المألوف . فإذا أراد المشتري الانتفاع بالمبيع انتفاعاً خاصاً يقضي ألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك . فإذا كان المبيع متجراً لسلعة معينة ، ويريد المشتري أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشئ إلى جانبه متجراً تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويكون المشتري هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان (٢) .

وكذلك الاتفاق على أنقاص الضمان جائز . مثل ذلك أن يشترط بائع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع ، ففي هذا الاتفاق أنقاص من ضمان البائع للتعرض (٣) .

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً تاماً غير جائز ، ويكون الاتفاق في هذه الحالة باطلاً . ففي المثل المتقدم لا يجوز للبائع أن ينشئ متجراً ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة ، ولو اشترط البائع عدم الضمان ، كذلك إذا صدر من البائع تصرف قانوني بعد البيع يتعارض مع حق المشتري ، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويصادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى لو اشترط عدم الضمان (٤) (١) . ولا يجوز أيضاً أن يحتج البائع بحق له مستحدث على المبيع ، ولو كان في عقد قد اشترط عدم الضمان . وقد روعي في هذا كله أن البائع

(١) والمقصود بعبارة «عدم الضمان» الواردة في الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ مدني هو إسقاط الضمان لا إنقاصه (أنظر ما يلي فقرة ٣٥٧ في الهامش وفقرة ٣٥٩ في الهامش) .

(٢) أنظر في أمثلة أخرى لتشديد الضمان أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ وهامش رقم ٥ مكرر رابعاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٣ هامش رقم ١ .

(٣) أنظر في أمثلة أخرى لإنقاص الضمان يودري وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان الوارد في السند الحادي والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومؤداه أن المشتري يشتري ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت رسو المزاد وتصرفه فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض ثمنه ، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد (نقض مدني ١٧

لا يجوز له أن يشترط عدم مسؤوليته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسؤوليته عن عشه أو عن تقصيره (١).

المطلب الثاني

التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ - مسائل ثلاث : نبحث في التعرض الصادر من الغير نفس المسائل الثلاث التي بحثناها في التعرض الصادر من البائع : (١) متى يقوم هذا الضمان (٢) ما يترتب على قيام الضمان . (٣) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

١ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ - خطة البحث : وتنبع هنا أيضاً خطة البحث التي اتبعناها في التعرض الصادر من البائع ، فنبحث : (أ) أعمال التعرض . (ب) المدين في الالتزام بالتعرض . (ج) الدائن في هذا الالتزام . (د) البيع الذي ينشئ هذا الضمان .

٣٣٩ - (أ) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولاً) أن يقع التعرض فعلاً . (ثانياً) أن يكون التعرض هو إدعاء الغير حقاً على المبيع . (ثالثاً) أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع ، فإذا كان تالياً له وجب أن يكون الغير قد استمده من البائع .

٣٤٠ - أولاً - أن يقع التعرض فعلاً : قدمنا أن المادة ٤٣٩ مدني تقضي بأن يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان

=فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١.

(١) شرط عدم الضمان الوارد في البند الحادي والعشرين من شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ومؤداه ان المشتري يشترط ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسليم المبيع بالحالة التي كانت عليها وقت رسو المزاد ونصرفه فيه بالهدم والبناء ومبيع بعضه وقبضه ثمنه ، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد .

(جلسة ١٩٣٨/٢/١٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ علما - ٨٦ - ٣٥٩)

(جلسة ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤٥ ص ٩٢٠)

(١) بودري وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ - ٤١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يوجب به على المشتري . فيجب إذن أن يقع التعرض فعلاً من الغير ، والغير هنا هو أجنبي ليس طرفاً في عقد البيع . فيدعى الغير حقاً على المبيع ، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري ، وهذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلاً (١) . وهذه الدعوى تختلف باختلاف الحق الذي

(١) نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - أما إذا لم يقع التعرض فعلاً ، بل خيف من وقوعه ، فإن هذا لا يكفي لتحقيق الضمان . ولكن المشتري في هذه الحالة ، إذا كان لم يدفع الثمن ، يجوز له حبسه لمجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيل (م ٢/٤٥٧ مدني) . فإذا كان المشتري قد دفع الثمن وخشى من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يسترد الثمن ليحبسه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يكون له الحق في طلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضاً إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أن يطلب إبطال البيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١) .

ويترتب على ما قدمناه أن مجرد وجود حق رهن على المبيع لا يتحقق به الضمان ، ما دام الدائن المرتهن لم يتخذ أي إجراء على العين المبيعة (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ - استئناف مختلف ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٣) ، وقد لا يتخذ هذا الإجراء إذا استوفى من البائع حقه (بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة أولاً) . ولكن متى أُنذر الدائن المرتهن المشتري بالدفع أو التخلي ، يكون التعرض قد وقع فعلاً (استئناف مختلف ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . على أن مجرد ظهور حق رهن أو حق اختصاص أو حق ارتفاق على العين يميز للمشتري طلب فسخ البيع ، وإن لم يحصل التعرض فعلاً (استئناف وطني ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ - ٨ مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٢٨ ص ١٢٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١/١٣٠ ص ١١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٣٤٣) .

كذلك إذا كان المبيع في حيازة غير البائع ، فإن هذا لا يكفي لتحقيق الضمان ، وللمشتري أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد على الحائز فإن لم يسلم بدعواه بل ادعى أن له حقاً على المبيع تحقق ضمان التعرض (بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً) . ومجرد الخشية من الاستحقاق لا يكفي (استئناف مختلف ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١) ، وكذلك لا يكفي عدم تسليم مستندات الملكية ما دام له يترض أحد للمشتري (استئناف مختلف ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا مجرد إثبات ملكية البائع للمبيع (استئناف مختلف ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٦) ، ولا عد شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع (استئناف مختلف ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧) .

ولكن يكفي للرجوع بضمنان التعرض أن يكون المشتري لم يستطع الانتفاع بالمبيع ، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المنتحق (استئناف مختلف ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) وإذا وقع التعرض للمشتري ونزعت حيازته ، فالمشتري هو الذي يرفع دعوى الاسترداد لا البائع ، إذا صفة للبائع بعد البيع في رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٦) . وإذا رفعت دعوى ضمان الاستحقاق ، جاز للبائع دفعها بأن المالك قد أة البيع ، وهذا بخلاف دعوى الإبطال في بيع ملك الغير (استئناف مختلف ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ ص ٢٨ ص ٥٥) .



٣٤١ - ثانياً : أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على البيع : هنا يجب التمييز

بين التعرض المبنى على سبب مادي والتعرض المبني على سبب قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانوني أو مبنياً على سبب مادي ، أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني .

فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض (١) (١) . ويكون التعرض مبنياً على سبب مادي ، كما رأينا ، إذا لم يكن الغير يدعي في تعرضه حقاً على المبيع ، بل هو يلجأ في تعرضه للمشتري إلى أعمال مادية محضة ، بل وإلى تصرفات قانونية ، ولكنه لا يدعي في كل ذلك أن له حقاً على المبيع . فإذا انتزع الغير المبيع من المشتري عنوة ، كان هذا عملاً مادياً محضاً ، ولا يكون البائع مسئولاً عنه . ويجزى المشتري في ذلك الحماية العامة التي يوليها إياه القانون ، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعاوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها ، وهو يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه ، ويستطيع في جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعدي المادي ، وليس للبائع شأن في شيء من ذلك . وإذا كان المبيع منقولاً وسرقه الغير من المشتري ، كان الحكم هو ما قدمناه . وإذا كان المبيع متجراً وأقام الغير إلى جواره متجراً مماثلاً ونافس المشتري منافسة غير مشروعة ، فليس البائع مسئولاً عن ذلك ، وعلى المشتري أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة ، وإذا كان المبيع داراً ، وأجرها الغير دون أن يدعي أن له حقاً في إيجارها ، فهذا تصرف قانوني يعتبر في حكم الأعمال المادية ، ولا يكون للبائع شأن فيه ، وعلى المشتري أن يطرد المستأجر من داره وأن يقاضي الغير الذي أجر له بالوسائل التي يخولها إياه القانون . فما دام الغير لا يدعي حقاً ما على المبيع يحتج به على المشتري ، فالتعرض الصادر منه

(١) نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان الضمان منصوباً عليه في العقد) - استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ - ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٨٣ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٥٩ .

(١) متى كان الحكم قد انتهى إلى أن المتعرض للمشتري وهو من الغير لم يكن على حق في تعرضه وأن البائع قد باع ما يملك فإن مؤدى ذلك أن ينفك عن البائع التزامه بضمان التعرض القانوني عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة ٤٤١ من القانون المدني ، ولا يعيب الحكم وصفه ذلك التعرض بأنه مادي ذلك أن وجه الرأي في الحكم لا يتغير سواء أسبغ الحكم على التعرض المذكور صفه التعرض للمادي أو القانوني لأن البائع في النهاية لا يكون ملزماً بضمان التعرض في الحالين على أساس تفكيك الضمان من البائع إن كان تعرضاً قانونياً وعدم ترتيب هذا الضمان إن كان التعرض مادياً .

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢ الطعن ٨٧ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٦٣١)

يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب مادي ، ولا يكون البائع ضامناً له مسئولاً عنه (١) .

وحتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعي الغير حقاً على المبيع يحتج به على المشتري في دعوى يرفعها عليه (٢) (١) ، أو ترفع عليه من المشتري ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلاً (٣) ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتاً ، بل يكفي مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان (٤) .

وهذا الحق الذي يدعيه الغير على المبيع ويحتج به على المشتري يجوز أن يكون حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . وكان التقنين المدني السابق (م ٣٧٤/٣٠٠) يشترط أن يكون حقاً عينياً (٥) ، فصحح التقنين المدني الجديد هذا الخطأ وأطلق ولم

(١) استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٦ - وإذا كان التعرض المادي الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على البائع دفعه ، ولكن لا بموجب التزامه بالضمان ، بل بموجب التزامه بالتسليم (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٩) .

(٢) أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشتري ، فالحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على المشتري ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع المشتري على البائع بضمان التعرض أو الاستحقاق (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١) .

(٣) ويشترط ألا يكون المشتري قد تسبب بخطأ في هذا التعرض ، كأن كان قد تعهد بدفع الدين المضمون برهن على المبيع ولم يدفعه فتزع الدائن المرتهن ملكية المبيع (استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣/٣٠٠ ص ٤٢٨ - المنيا ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٢٩٥ ص ٥٧٢) .

(٤) الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٣٩ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن المادة ٣٠٠ مدني صريحة في أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية ، وحتى المستأجر على العين المؤجرة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل في حكم هذه المادة (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وأنظر أيضاً : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٥ ص ٢٧٤ (لا تدخل في الإجارة في عبارة التكالف) - استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

(١) أ - حق ضمان التعرض قيامه من وقت مازعة الغير للمشتري منازعة فعلية مجرد خشية التعرض أو العلم بوجود حق للغير على المبيع ، لا يخول حق الرجوع على البائع . إلزام الطاعن بالتضمينات على مجرد صدور حكم - لم يكن المشتري طرفاً فيه - يبطلان منذ ملكيته دون تحقيق ما تمسك به من علم حصول معارضة من المحكوم له للمشتري في حيازته للمبيع قصور . (جلسة ١٩٩٢/١/٢١ الطعن ٣٠٥٠ لسنة ٦٠ ق) .

ب - التعرض القانوني الصادر من الغير قد يتحقق في صورة رفع دعوى وعندئذ يتعين على المشتري إخطار البائع في وقت ملاتم عملاً بالمادة ٤٤٠ من القانون المدني ، أما إذا وقع التعرض من

يشترط في الحق أن يكون عيباً^(١).

ومثل الحق العيني الذي يدعيه الغير على المبيع حتى الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع، فيتقدم الغير إلى المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه ويطالب برد ما يدعيه، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلي أو جزئي^(٢). وقد يكون الحق العيني حق رهن يدعيه الغير على المبيع، أو حق اختصاص^(٣)، أو حق امتياز، وقد يكون حق انتفاع^(٤)، أو حق حكر^(٥)، أو حق ارتفاق^(٥). ولم يميز التقنين المدني المصري بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى التي تقدم ذكرها، كما يميز التقنين المدني الفرنسي حق الارتفاق بافراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدني فرنسي).

= الغير دون رفع دعوى وأقام المشتري دعواه مباشرة على البائع بالضمان فلا يكون هناك معلا للاخطار.

(جسدة ١٩٧٨/٤/٢٧ الطعن ٢١١ لسنة ٤٥ ق م ٢٩ ص ١١٤٥)

(جسدة ٢٠٠٠/٦/٢٨ الطعن ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ في الهامش. والعبرة بتاريخ البيع، فإذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سري التقنين السابق، وإلا فالتقنين الجديد.

(٢) فإذا كان الغير يطالب بشئ ليس جزءاً من المبيع، لم يتحقق الضمان حتى لو ظن المشتري خطأ جزءاً من المبيع، كما إذا اشترى شخص أرضاً ورأى أشجاراً مفروسة في حدودها فظنها تابعة للأرض، وتبين بعد الشراء أنها لا تتبع الأرض بل هي للجار، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان في هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الأشجار في المبيع (بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثالثة). ولكن سنرى أنه إذا وجد حق ارتفاق ظاهر للمبيع أطمأن المشتري إلى وجوده، ضمنه البائع حتى لو لم يذكر في عقد البيع، فلو تبين أنه غير موجود رجع المشتري على البائع بالضمان (انظر ما يلي فقرة ٣٥٨ في الهامش - بودري وسينيا فقرة ٣٩٠) وقد قدمنا أن ضمان الاستحقاق غير ضمان المجر في مقدار المبيع.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق ووجه قانوني، ويشمل ذلك وجود دين شخصي على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدنه ثم على حق اختصاص على المبيع (نقض مدني ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١).

(٤) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٩ - ٢٣ يونيو سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٣٨٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤.

(٥) وقد يكون التعرض راجعاً إلى أن البائع قد باع المبيع ومعه حقوق ارتفاق تقررت لفائده، ثم ظهر أنها غير موجودة، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بضمان الاستحقاق الجزئي. ويجب لتحقيق الضمان أن تكون حقوق الارتفاق هذه مذكورة في عقد البيع، أو تكون ظاهرة بحيث يكون المشتري قد أطمأن إلى وجودها فتكون في حكم المذكورة ضمناً (أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ ص ٧٨ - بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠١ وهامش رقم ٤).

لا اعتبارات تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الروماني وقد سبق بيانها^(١). بل إن التقنين المدني المصري جعل حق الارتفاق كسائر الحقوق العينية، وشملها جميعاً بالعبارة التي وردت في المادة ٤٢٩ مدني: «... فعل أجنبي يكون له ... حق على المبيع».

ومثل الحق الشخصي الذي يدعيه الغير حق المستأجر. فإذا كان الغير يدعي أنه مستأجر من البائع العين المباعة بايجار له تاريخ ثابت سابق على المبيع، واحتج بحقه على المشتري طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني، كان هذا الادعاء من جانب الغير تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع. ويلتحق بذلك أن يدعي الغير، وهو مستأجر للعين المباعة، أن دفع الأجرة مقدماً للبائع، ويحتج بمخالصة صادرة من البائع، مسجلة إذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات، أو غير مسجلة إذا كانت المدة لا تزيد على ذلك، فيكون تمسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع.

٣٤٢ - ثالثاً - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع أو يكون تالياً له ولكنه مستمد من البائع: ويجب أخيراً لتحقيق ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع^(٢) حقاً يدعي أنه موجود قبل البيع الصادر إلى المشتري (١).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥.

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعى به منصباً أصلاً على المبيع، لا أتياً عرضاً عن طريق قاعدة عدم تجزئة الرهن. فإذا كان الدائن المرتهن لم ينزع ملكية القدر المبيع، بل إنه عند تسوية دينه ظهر أن له بقية منه أراد أن يضعها على العين المباعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن، فرفع المشتري على البائعين دعوى بطلب قيمة هذه البقية التي هي زائدة على الثمن الذي سبق أن دفعه لهم وللبئيك المرتهن، فإن تكيف هذه الدعوى بأنها دعوى ضمان استحقاق أو نزع ملكية هو تكيف غير صحيح. والصحيح الممول عليه فقط هو عقد البيع وما قارنه من ظروف. وحكم هذا العقد أن المشتري خلف البائعين في ملكية الأطنان التي اشتراها منهم مرهونة مع الأطنان الأخرى، وأن ضمان البائعين من ناحية مبلغ الرهن هو ألا يكون نصيب الأطنان المباعة فيه وقت التعاقد أكثر مما ذكر في العقد. وأما باقي الدين الذي يصيب الأطنان الأخرى المرهونة مع الأطنان المباعة فلا شأنه للبائعين بضمانه، ولا تنطبق على يمينهم أحكام القانون المدني الواردة في باب ضمان المبيع عند استحقاقه للغير أو عند نزع ملكيته كله أو بعضه. ويرجع المشتري في هذه الحالة، وقد حل محل الدائن المرتهن فيما دفعه بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن، على أصحاب الأطنان الأخرى التي فك رهنها عن طريق هذا الدفع (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٨ ص ١٠٥٤). ويمكن القول هنا إن سبب عدم ضمان البائع يرجع أيضاً إلى أن الحق الذي يدعيه الغير (الدائن المرتهن) لم يثبت إلا بعد البيع، أي عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضعتها الدائن المرتهن على العين المباعة. وسنرى أن البائع لا يضمن حقاً للغير يثبت على المبيع بعد البيع.

(١) أ - إذا كان الثابت في الدعوى حسبما حصله الحكم المطعون فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراء من المطعون عليه الثاني -

وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ مدني، كما رأينا، إذ تقول: «... فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع». فإذا سلم الغير أن الحق الذي يدعى على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع، لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان. ويرجع ذلك في كثير من الأحوال إلى أن الحق الذي يدعى الغير ثبوته بعد البيع لا يحتج به على المشتري ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق مما يحتج به على المشتري كما قدمنا. فإذا ادعى الغير أنه اشترى المبيع بعد البيع، فإذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالكا، لم يتحقق الضمان، ليس فحسب لأن الحق الذي يدعيه الغير لاحق للبيع، بل أيضاً لأن الحق لا يحتج به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك. وإن كان اشتراه من غير البائع وكان هذا هو المالك الحقيقي للمبيع، يتحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع، وذلك لأن المستحق في هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو المالك الحقيقي الذي باع للغير، وهذا حقه ثابت قبل البيع. وإذا ادعى الغير أنه مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع، لم يكن البائع ضامناً، ليس فحسب لأن حق

= وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلي لهذه الأرض، وقام المظنون عليه الأول بدفع الدين للبنك توكيلاً لبيع منزله ثم رفع دعواه العالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ، فإن مفاد ذلك أن المظنون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مديناً شخصياً للبنك، وإنما بوصفه بائناً للبائعين للمظنون عليه الأول، وإن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقاً للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمظنون عليه الأول - المشتري - ما دفعه للبنك - لا ينير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم في الاقرار المؤرخ ... بدفع دين البنك أو ائتمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا اقراراً بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلاً لأحكامه المنصوص عليها في المادتين ٤٤٣، ٤٤٤ من القانون المدني إذ يجوز للمتعاقدين طبقاً للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام.

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٨٣)

ب - يشترط لضمان البائع استحقاق المبيع أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على البيع أو يكون نالاً له ولكنه مستمد من البائع.

(جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨ الطعن ٢١٥٤ لسنة ٥٤ ق ٣٦ ص ٦٨١)

(جلسة ١٩٨٥/٥/١٥ الطعن ٥٠٤ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٢/١٩ الطعن ١٥٢ لسنة ٥٢ ق)

ج - ضمان استحقاق المبيع شرطه. أن يكون الغير المتعرض للمشتري على حق في تعرضه. أنه. للبائع دفع رجوع المشتري عليه بموجب الضمان بالثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الاقرار أو التصالح معه م ٤٤١ من القانون المدني.

(جلسة ٢٠٠٠/٦/٢٨ الطعن ٢٩٠٥ لسنة ٦٨ ق)

المستأجر لاحق للبيع، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر أن يحتج به على المشتري. ولكن قد يتحقق في بعض الأحوال أن يكون الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ويستطيع مع ذلك الاحتجاج به على المشتري، فلا يكون البائع عندئذ مسئولاً عن الضمان. مثل ذلك أن يتمسك مستأجر العين المبيعة على المشتري بمدد الإيجار بموجب قانون استثنائي صدر بعد البيع، فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع، فلا يكون البائع ضامناً. وهذا بخلاف ما إذا كان القانون الاستثنائي القاضي بمدد الإيجار قد صدر قبل البيع، إذ يكون حق المستأجر في هذه الحالة قد ثبت قبل البيع، فيجب الضمان على البائع (١). ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص عيناً مملوكة له ولكنها في حياة شخص آخر مدة بلغت اثنتي عشرة سنة مثلاً، وتبقى العين بعد البيع في حياة هذا الشخص إلى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة (٢). فيتمسك بها. ففي هذه الحالة قد ثبت حق الغير على العين، ولكن البائع لا يكون مسئولاً عن الضمان، لأن هذا الحق لم يثبت للغير إلا بعد البيع (٣). إما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة قبل البيع، ثم بيعت العين بعد ذلك، كان البائع مسئولاً عن الضمان، لأن الحق الذي يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع (٤). ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت البيع قد قارب استكمال مدة التقادم، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المشتري من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم. فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً، ثم بيعت العين، فإن المشتري لا يتمكن له في الشهر الباقي لتتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الوضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم، فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذه الحالة في حكم الثابت قبل البيع، ومن ثم يكون البائع مسئولاً عن الضمان (٥).

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع، إذا كان المشتري قد استمد هذا الحق من البائع نفسه. وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مدني: «ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه». فإذا باع شخص عقاراً

(١) بودري وسينيا فقرة ٣٥٢ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٦ وهامش رقم ٥.

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية، فيتمسكها بمدد التقادم القصير وهي خمس سنوات (استشاف مختلط ١٤ مارس ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨).

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩٣ - عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٢٢٢.

(٤) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٢ ص ٧٤٤.

(٥) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - عكس ذلك بيدان ١١ فقرة ١٩٣.

مرتين، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول، فإن المشتري الثاني وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول، ومع ذلك يكون البائع مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول، لأن حق المشتري الثاني وإن كان لاحقاً للبيع الأول إلا أنه مستمد من البائع نفسه. وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا باع المالك المنقول مرتين وسلمه للمشتري الثاني وكان هذا حسن النية، وذلك لنفس الاعتبارات المتقدمة (١). وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه، وقيد الدائن المرتهن رهنة قبل أن يسجل المشتري (٢).

وفي الأحوال التي يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه، يكون البائع مسئولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه هو في وقت واحد. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق في هذه الحالة على إسقاط الضمان، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع.

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه الغير، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق. فحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذي يدعيه الغير، وحتى لو كان البائع لا يعلم به، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسؤوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدني، وسيأتي بيان ذلك. على أن حق الارتفاق يكفي لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به. وهذا حكم خاص بحق الارتفاق، تأثر فيه التقنين المدني المصري بتقاليد التقنين المدني الفرنسي التي

(١) وبلاحظ أن في حالة بيع المنقول مرتين، تنقل ملكية المنقول المبيع إلى المشتري الحائز لا من البائع، بل من المشتري غير الحائز، ومن ثم لا تنطبق حرفية النص وهو يقول: «إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه». ولكن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلى الغير نتيجة لفعل البائع (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦١ هامش رقم ١).

ويجب الضمان إذا نزع ملكية المبيع للمصلحة العامة في الفترة ما بين العقد الابتدائي والوقت المحدد لإمضاء العقد النهائي، فإن المبيع تكون ملكيته قد نزع على البائع فأني سبب الاستحقاق من جهته (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥).

ومن الفقهاء من يجعل البائع مسئولاً عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أمراً من السلطة العامة صدر بعد البيع، إذا ثبت أن هذا الأمر لم يصدر إلا بناء على شكوى البائع، كما لو تظلم البائع من نظام الري المقرر في منطقة الأرض المبيعة، وترتب على تظلمه تغيير هذا النظام تغييراً أضرب بالأرض المبيعة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٣٥٧ هامش ٣ - الأستاذ أحمد سلطان فقرة ٢٣٠ ص ٢٨٠).

(٢) بودري وسييا فقرة ٣٥١ مكررة.

ترجع إلى عهد القانون الروماني وقد سبق أن بينها. ولكن التقنين المصري جعل عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان ظاهراً أو كان المشتري يعلم به راجعاً إلى اتفاق ضمنى على عدم الضمان، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني في هذا الصدد: «يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري». أما التقنين الفرنسي فيجعل عدم علم المشتري بحق الارتفاق (١) وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرها حتى يكون البائع مسئولاً عن الضمان.

٣٤٣ (ب) المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير - عدم قابلية الالتزام وقابليته للانقسام - المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضاً، فهو ضامن للتعرض الصادر منه وضامن في الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير (٢). ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير إلى الحلف العام، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو، لنفس السبب وهو أن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة. فإذا باع شخص عيناً مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقي إما أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث، وإما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت منقولة ملكه المشتري بالحيازة مع حسن النية، وفي هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضاً لا على الوارث (٣).

(١) وكذلك بالتكاليف الأخرى غير حق الارتفاق، كحق الانتفاع حق المستأجر. فيجب في القانون الفرنسي أن يكون المشتري وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف، فإن كان عالماً بها لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان. أما في التقنين المصري فالذي ذكر في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني هو حق الارتفاق، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر. ويترتب على ذلك أن الضمان يتحقق في هذين الحقلين الأخيرين ولو كان المشتري يعلم بهما وقت البيع، ما لم يشترط البائع عدم الضمان. وحق الرهن لا يعتبر تكليفاً في القانون الفرنسي، ومن ثم يكون الحكم واحداً بالنسبة إليه في القانون المصري والفرنسي، ويكون البائع مسئولاً عن الضمان في كل من القانونين حتى لو كان المشتري يعلم وقت البيع بهذا الحق، ما لم يشترط البائع عدم الضمان (أنظر في هذه المسألة في القانون الفرنسي بلاتيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ فقرة ٩٩ وفقرة ١٠٢).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للمشتري في حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان. فإذا كانت الأطنان ملكاً لوقف، وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف، ثم باعها المشتري إلى آخر، ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثاني بشيبت ملكية الوقف لها، فلا يحق لهذا المشتري، إذا ما حكم بالزامه برد أطنان الوقف، أن يطلب تسليمه أطنان الناظر السابق الخاصة التي وضع الوقف يده عليها بطريق البذل، لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإنما هو مشتر من شخص آخر بعيد عنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨).

(٣) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن واجب الضمان في عقود البيع ينتقل إلى التركة في الشريعة الإسلامية بعد وفاة البائع، ولا يلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة. ولا يلتزمون به في أموالهم الخاصة، حتى لو شملت العين موضوع الضمان إذا خرجت من ملك المورث إلى أحد الورثة قبل وفاته (استئناف أسبوت ٩ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٢٥).

وغنى عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل استئصال ديونها ، ومنها هذا الدين بالتعويض الذى تلتزم به التركة إما للمشتري وإما للمالك الحقيقى . كذلك لا يتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما لا يتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه ، إلى الخلف الحاص . فلو أن شخصاً باع عيناً لمشتري أول وانتقلت إليه الملكية ، ثم باع نفس العين لمشتري ثان ، فإن البائع يكون مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الثانى ، ولا يكون المشتري الأول وهو الخلف الحاص للبائع على هذه العين مسئولاً عن الضمان . ولا يتعدى التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى دائته ، كما لا يتعدى إلى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه . فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري البيع ، كان دائن البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ فى نزع ملكيته ، فإن التعرض المشتري هنا يعتبر صادراً من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستطيع المشتري فى هذه الحالة أن يحتج على الدائن بالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يتعدى إلى الدائن (١) .

ولكن كفيل البائع يكون ملزماً مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فإذا باع شخص عيناً وكفله فى البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المباعة مملوكة للكفيل لا للبائع ، فإن الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة إلى المشتري تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك يضمنه كفيله ، فالكفيل إذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد . والتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما سنرى ، إما أن يطالب المشتري بتنفيذه عيناً فيدعو البائع إلى جعل الغير يكف عن تعرضه ، وإما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعذر التنفيذ العيني . وهذا الالتزام فى صورته الأولى ، صورة المطالبة بالتنفيذ عيناً ، يكون غير قابل للانقسام . فلو باع شخصان داراً على الشيوع ، وتعرض للمشتري أجنبى يدعى حقاً على الدار ، كان للمشتري أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملاً تنفيذاً عينياً ، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبى يكف عن تعرضه فى الدار كلها لا فى نصيب هذا البائع فحسب (١) .

(١) أنه إذا كان المقرر قانوناً أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري وخلفه عاماً أو خاصاً فى العقار المباع ، وكان المشتري الذى لم يسجل عقد البيع الصادر له لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع ولا يعدو أن يكون دائناً شخصياً لهذا البائع ، فمن لم لا يستطيع أن يواجه البائع لبائعه بضمان التعرض ، إلا استعمالاً لحق مديته بطريق الدعوى غير المباشرة .

(جلسة ١٩٨٠/٤/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٧١ من ١٠٢٧)

(١) ويرفع الأجنبى عادة دعوى استحقاق الدار على المشتري ، فيدخل المشتري أحد البائعين ضماناً فى الدعوى ، وعلى هذا أن يثبت أن ادعاء الأجنبى لا أساس له فى كل الدار لا فى نصيبه فقط . ولهذا البائع أن يدخل البائع الآخر ضماناً معه فى الدعوى ليعاونه فى هذا الإثبات ، ولتحمل معه مصروفات =

ولكن الالتزام فى صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتعويض ، يكون قابلاً للانقسام ، لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الانقسام بطبيعته (١) . ففى المثل المتقدم ، لو نجح الأجنبى فى تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشتري ، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه فى الدار ، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (٢) .

٣٤٤ - (ج) الدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير : الدائن هنا هو أيضاً المشتري ، كالدائن فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع ، فهو الذى يقع عليه التعرض فى الحالتين . وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، فلو أن شخصاً اشترى داراً وتركها لوارث ، وتعرض أجنبى للوارث فى الدار ، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع .

وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص فى العين المباعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، فإن البائع يكون ملزماً بضمان التعرض الصادر من الغير لا نحو المشتري الأول فحسب ، بل أيضاً نحو المشتري الثانى وهو الخلف الخاص للمشتري الأول فى الدار المباعة . فإذا استرد الغير الدار من يد المشتري الثانى بعد أن أثبت ملكيته لها ، فإن المشتري الثانى يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول وهو البائع له ، بموجب عقد البيع الصادر له من هذا المشتري الأول . ويستطيع كذلك أن يرجع

= الدعوى عند الاقتضاء ، والمصروفات قابلة للانقسام فنقسم عليهما بنسبة نصيب كل منهما ، وليحكم عليه معه بالتعويض إذا ثبت استحقاق الأجنبى للدار والتعويض أيضاً قابل للانقسام كما سنرى فيحكم عليهما كل بنسبة نصيبه فى الدار (لورن ٢٤ فقرة ٢١٣ - جيوار ١ فقرة ٣٤٠ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٧ وهامش ١٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٠ - وينقسم التعويض على البائعين المتعدين ما لم يوجد شرط بتضامنهم (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠) .

(٢) لورن ٢٤ فقرة ٢١٣ - جيوار ١ فقرة ٣٤٠ - بودرى وسينيا فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ (وقارن ص ١٢٩ هامش رقم ٤) كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٣ .

ولكن لو مات البائع المتلزم بضمان الاستحقاق وترك ورثة متعددين ، فإن التركة تكون مسئولة عن ضمان الاستحقاق ، ولا ينقسم على الورثة (الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٤٢٤ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٢٤٧ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧) .

(٣) وإذا رجع المشتري الثانى على المشتري الأول أن يرجع على البائع بما أداه هو للمشتري الثانى ، وقد يزيد على الضمان الذى كان يرجع به على البائع لو أن العين استحققت فى يده ولم يبعها لمشتري ثان . فلو أن البائع باع العين للمشتري الأول بألف ، وباعها المشتري الثانى بألف ومائتين ، ثم استحققت العين فى يد المشتري الثانى فرجع على المشتري الأول بألف وخمسمائة قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، فإن المشتري الأول يرجع على البائع ، لا بالألف التى دفعها له ثمتاً ، ولا بالألف والمائتين وهو الثمن الذى تقاضاه من المشتري الثانى ، بل يرجع بألف وخمسمائة وهو المبلغ الذى أداه للمشتري الثانى نتيجة لضمان الاستحقاق (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ ص ١٣٠) .

بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة^(١) باستعمال دعوى المشتري الأول على البائع ، ولكنه في هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائتي المشتري الأول^(٢) . ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهي نفس دعوى المشتري الأول على البائع وقد انتقلت إليه من المشتري الأول كما قلنا^(٣) . وهذه الدعوى المباشرة لها مزيقان : (١) لا يتحمل فيها المشتري الثاني مزاحمة دائتي المشتري الأول ، وهو يتحمل هذه المزاحمة في الدعوى غير المباشرة كما قلنا . (٢) قد لا يكون للمشتري الثاني دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول ، كأن يكون المشتري الأول قد اشترط عدم الضمان^(٤) ، فلا يستطيع المشتري الثاني في هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشتري الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره ثالثاً للمشتري الأول يستعمل دعوى مدينه لأنه غير دائن بالضمان للمشتري الأول

(١) استئناف مخطوط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .
(٢) ويطلب بما يستحقه المشتري الأول في ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو في ذمة المشتري الأول ، يستعمل دعوى المشتري الأول لا دعواه هو . وتتبادل الدعويان في أحد العناصر الرئيسية ، ففي كل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتي بينها ، وقمة المبيع وقت الاستحقاق واحدة في كل من الدعويين .
(٣) استئناف وطني ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٢٥٧ - استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٥١ ص ١١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٨٨٧ ص ١٤٦ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٤ ص ٢١٨ - استئناف مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٩ مارس ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٣٦ .

وفي القانون الفرنسي يرجع المشتري على البائع في ضمان الاستحقاق بالثمن الذي دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الأمر في القانون المصري . فإذا فرضنا ، في القانون الفرنسي ، أن الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٠٠٠ والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٢٠٠ ، واستحققت العين في المشتري الثاني ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٠٠٠ ، ومن ثم كان المشتري الأول يرجع على البائع بهذه الألف فقط ، ففي الدعوى المباشرة إذن يرجع المشتري الثاني على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط . ولو كان الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٢٠٠ ، والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٠٠٠ ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع المشتري الأول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشتري الثاني مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ . ويخلص من ذلك أن المشتري الثاني يرجع على البائع دائماً بالثمن الذي دفعه هو للمشتري الأول (بودري وسينيا فقرة ٣٧١) .

(٤) أو يكون هناك واهب بدلاً من المشتري الأول ، فيبيع شخص عيناً لاخر ويهبها الآخر لثالث . والواهب يضمن في الأصل استحقاق العين الموهوبة ، فإذا استحققت العين في يد الموهوب له لم يكن له أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواهب ، ولكنه يستطيع أن يرجع بهذا الضمان على البائع الذي يملك ذلك لأن دعوى المشتري بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت إلى الموهوب له . وقد عقد الهيئة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودري وسينيا فقرة ٢٥٩ ص ٣٦٤ - بلاسيول ٢ فقرة ١١٠٧ وبولاجيه ٢ فقرة ٢٥٤٢ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٧)

كما قدمنا ، فلا يبقى أمامه إلا الدعوى المباشرة يرفعها على البائع^(١) ، وهي نفس دعوى الضمان التي للمشتري الأول على البائع انتقلت من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالرغم من أن المشتري الأول قد اشترط على المشتري الثاني عدم الضمان في عقد البيع الذي تم بينهما .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتي : إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم استحققت العين في يد المشتري ، فإن دائن المشتري يستطيع أن يرفع باسم المشتري دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفي حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري ، ولكن يزاحمه في هذه الحالة سائر دائني المشتري وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

٣٤٥ - (د) البيع الذي ينشئ الضمان : وكل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض الصادر منه هو فيما قدمناه . ويستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل^(٢) ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً . وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام في التعرض الصادر من البائع^(٣) ، وما قلناه هناك ينطبق هنا^(٤) .

وبين من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب في بيع المزاد ، ولو كان البيع قضائياً أو إدارياً^(٥) ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٤٥٤ مدني) . فإذا باع الدائن مال مدينهم في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بضمان التعرض الصادر من الغير ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع الذي يبيع المال عليه ، لا بذمة الدائنين الذين طلبوا بيع المال^(٦) . فلو فرض أن الدائنين باعوا عيناً غير مملوكة لمدينهم باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقي العين من المشتري الذي رسا عليه المزاد ، فإن المشتري يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين^(٧) . ولكن يغلب أن يكون المدين معسراً في مثل هذه الظروف ، فيستطيع المشتري أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن

(١) استئناف مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٤٣٤ .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٢ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٢ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٤) يلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق كما كان يلتزم بذلك نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة ، وكذلك يجوز أن يرجع بضمان التعرض والاستحقاق مسترد الحصة الشائعة في منقول إذا باعها أحد الشركاء لأجنبي تطبيقاً لأحكام المادة ٨٢٣ مدني (أنظر آنفاً فقرة ٣٣٤ في الهامش) .

(٥) أو كان البيع بيع تصفية (licitation) لإنهاء الشروع ، فيلزم بضمان التعرض والاستحقاق الملاك في الشروع الذين باعوا العين الشائعة في المزاد (بودري وسينيا فقرة ٣٥٥ مكررة ثانياً) .

(٦) استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٢٤ .

(٧) بودري وسينيا فقرة ٣٥٥ .

أ - التنفيذ العيني

(ضمان التعرض بطريق التدخل)

٣٤٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

٢ - فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ، وجب عليه الضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه .

٣ - وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق .

وتنص المادة ٤٤١ على ما يأتي :

«يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل . كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه» (١)

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٠ : وردت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص في المادة ٥٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق ما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظية . ووردت الفقرة الثالثة في المادة ٥٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل أيضاً ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل عبء الإثبات في العبارة الأخيرة من النص على المشتري لا على البائع . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٤٥٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثالثة ، واستعوض فيها عن عبارة «إلا إذا أثبت البائع ما كان ليستطيع دفع دعوى الاستحقاق ولو تدخل في هذه الدعوى» بعبارة «إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق» . وقد رأت اللجنة أن تنتقل عبء الإثبات إلى البائع ، لأنه أصبح ، بعد صدور الحكم ، مدعياً ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان . وأصبح رقم المادة ٤٤٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ و ص ٨٦ - ص ٨٨) .

م ٤٤١ : ورد هذا النص في المادة ٥٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : «يثبت حق المشتري في الضمان حتى لو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، ما دام قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن -

الذى دفعه في المزاد في حالتين : (أولاً) إذا أثبت أن الدائنين كانوا يعلمون أن العين التي باعوها في المزاد غير مملوكة لمدينهم (١) أو كان ينبغي أن يعملوا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن غشهم أو عن تقصيرهم (٢) . (ثانياً) وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت ذلك ، فإنه يستطيع على كل حال أن يعتبر البيع الصادر له في المزاد بيعاً لمالك الغير ، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استفادوا بهذا الثمن في استيفاء حقهم بدعوى الإثراء بلا سبب (٣) .

٢ - ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٤٦ - التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض : متى قام ضمان البائع للتعرض

الصادر من الغير بتوافر الشروط التي تقدم ذكرها ، فإن البائع ، قد تحقق التزامه بضمان التعرض ، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعياً بحق على المبيع يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق . فإذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بالثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعوض المشتري عما أصابه من الضرر باستحقاق المبيع في يده طبقاً للقواعد التي قررها القانون ، وهذا هو ضمان الاستحقاق (٤) .

فنتكلم إذاً في مسألتين : (أ) التنفيذ العيني أو ضمان التعرض بطريق التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق .

(١) لا سيما إذا كان المدين قد نهبهم إلى ذلك .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٩ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٦ - بلاتيل وريير وهامل ١٠ فقرة ١٤٣ ص ١١١ .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٨ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٤٣ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - الأستاذ عبدالمنعم البدرأوى فقرة ٢٠٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٣٦٣ - ٣٦٥ - وقارن بلاتيل وريير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ - وأنظر في جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المستحق أوبري ورو ١٠ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٧ ص ٣٥٩ - ص ٣٦٠ - بلاتيل وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٥٤١ - جوسران ٢ فقرة ١١١٥ - ديميل كولان وكايتان ٢ إلى جعل الدائنين هم المسؤولون مباشرة عن الضمان وإن كان يقرر أن الفقه على غير ذلك (كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٩٨) .

(٤) فليس البائع ملتزماً بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق ، بل هو التزام واحد بضمان التعرض ، فإما أن ينفذه عينياً أو ينفذه بطريق التعويض (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٨ هامش رقم ١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكنها تطبيق للقواعد العامة ، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام في عهد التقنين المدني السابق دون حاجة إلى نص^(١)

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٨ - ٤٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٥٠ - ٥٥١ و ٥٥٣ - وفي تقنين الموجهات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ (٢) .

= محله فيها فلم يفعل . وإذا رجع البائع على الأجنبي ، كان عليه أن يثبت أن هذا الأجنبي لم يكن على حق في دعواه . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث يجعل دفع البائع بأن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه هو دفع في دعوى الضمان ذاتها ، وضد المشتري أيضاً لا الأجنبي فحسب . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ - ص ٩٠) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٨ - ٤٠٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني السوري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٥٥ - فقرة ١٦٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ - ٤٢٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٠ : ١ - إذ استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع ، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد . ٢ - أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري ، كما لو أثبت المستحق أنها ملكه بتاريخ متأخر عن الشراء ، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع .

م ٥٥١ : ١ - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله . ٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد أعلن البائع بدوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعا له لدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .

م ٥٥٣ : إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكماً على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قل أن يرجع المشتري منه .

(وهذه النصوص تأثرت بنصوص التقنين المدني المصري ، ولكنها في مجموعها مأخوذة من الفقه الإسلامي ، أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠٣ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ - فقرة ٤٥٨) .

تقنين الموجهات والعقود اللبناني م ٤٢٩ : إنه وأن لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان ، =

وتفرض هذه النصوص أن الغير قد تعرض للمشتري فعلاً ، وكان تعرضه في صورة دعوى استحقاق يرفعها عليه كما هو الغالب . ودعوى الاستحقاق هذه يجب أن تفهم بمعنى واسع ، فقد تكون دعوى استحقاق يدعى فيها الغير بأنه يملك البيع كل أو بعضه ، وقد تكون دعوى أخرى يدعى فيها الغير حقاً على المبيع كحق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق إيجار أو غير ذلك من الحقوق التي أشرنا إليها فيما تقدم ، أو ينكر فيها حقاً للمبيع كحق ارتفاق . فعند ذلك يتحقق التزام البائع بضمان تعرض الغير^(١) . ويبدأ بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وذلك بأن يدخل في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشتري أو ليحل محله في هذه الدعوى ، ويدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يستصدر حكماً يرفض دعواه ، وعند ذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان تعرض الغير تنفيذاً

= فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الأعباء المدعى بها على المبيع التي يصرح بها البائع عند البيع .

م ٤٤١ : إذا دعى المشتري إلى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدعى حقوقاً على المبيع ، وجب عليه أن يدعو بائعه إلى المحكمة . فإن لم يفعل ، وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة ، فقد حقه في الضمان ، إلا إذا أثبت أن البائع وأن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها .

(ويختلف التقنين اللبناني عن المصري ، في الحالة الواردة في المادة ٤٤١ لبناني ، في أن عبء الإثبات في التقنين اللبناني يقع على المشتري ، ويقع على البائع في التقنين المصري . ولم يعرض التقنين اللبناني للحالات الأخرى التي عرض لها التقنين المصري ، ولكن الأحكام التي أوردها التقنين المصري في هذه الحالات الأخرى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن القول بأنها تسري في لبنان دون حاجة إلى نص) .

(١) وقد يتحقق هذا الالتزام دون دعوى ، كما قدمنا ، إذا هدد الغير المشتري برفع الدعوى ورأى هذا أن حق الغير واضح فسلم له به . ويجب قبل التسليم به أن يدعو البائع لمواجهة الغير المتعرض على الوجه الذي سنبينه فيما بعد . وقد تكون الدعوى مرفوعة من المشتري على الغير إذا كان هذا هو الحائز للمبيع ، فيطالبه المشتري به ، فيرتفع الغير الدعوى محتجاً بحق يدعيه على المبيع ، فعند ذلك يخطر المشتري البائع ليتدخل في الدعوى (بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ - كولان وكاييتان ٣ فقرة ٩٠٥) .

أما إذا كان الغير قد رفع دعوى الاستحقاق على البائع وحده دون إدخال المشتري ، وصدر الحكم لصالحه ، لم يكن هذا الحكم حجة على المشتري ، فليس لهذا كما قدمنا أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع إذا كان كل حقوقه في العقار المبيع تنقل بالمبيع إلى المشتري ، فلا وجه لاعتباره ممثلاً للمشتري في أي نزاع مع الغير بشأن العقار المبيع ، ولذلك فإن كل دعوى ترفع بشأن المبيع يجب أن توجه إلى المشتري . وإذا هوجم البائع وحده ، فلا يكون الحكم الصادر عليه حجة على المشتري ولو كان عالماً بالخصومة ، لأن القانون لا يوجب عليه التدخل فيها (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤) .

عيباً . فإن لم يتدخل ، أو تدخل ولم ينجح في استصدار حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعويض على وجه معين كما سبق القول . وتميز النصوص السالفة الذكر بين فرضين : فاما أن يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق ، واما ألا يتدخل . فإذا لم يتدخل وجب التمييز أيضاً بين فرضين : فاما أن يكون المشتري قد دعاه للتدخل في الوقت الملائم ، واما ألا يكون قد فعل . فعندنا إذن ثلاث حالات : (١) حالة تدخل البائع في دعوى الاستحقاق . (٢) حالة عدم تدخله في دعوى الاستحقاق مع دعوة المشتري إياه أن يتدخل . (٣) حالة عدم تدخله والمشتري لم يدعه للتدخل .

٣٤٨ - تدخل البائع في دعوى الاستحقاق: إذا رفع الغير على المشتري دعوى استحقاق على البائع الذي أسلفنا بيانه ، وجب على المشتري إخطار البائع في الوقت الملائم ودعوته ليتدخل في الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير يكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي برفض دعواه . وليس للأخطار شكل خاص ، فيصح شفوياً ولكن عبء الإثبات يقع على المشتري^(١) . والواجب على المشتري هو إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه إدخاله في الدعوى .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري يدخل البائع ضمناً في الدعوى ولا يكتفى بمجرد إخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل ، ففيه قصد في الوقت والإجراءات ، وبه يكفي المشتري نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئاً ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمه البائع فيما بعد أنه دلس في الدفاع أو أنه ارتكب خطأ جسيماً فيه ، وقد رسم تقنين المرافعات الإجرائية اللازمة لإدخال ضامن في الدعوى ، فنصت المادة ١١٧ من هذا التقنين على أن «للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦» . ونصت المادة ١١٩ من نفس التقنين على أنه «يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها ، إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ اعلانه بالدعوى أو قيام السبب المرجح للضمان ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة . وبراعى في تقدير الأجل مواعيد الحضور ويكون ادخال الخصم للضامن بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى» . فإذا كلف المشتري البائع ، في خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير ، بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له إلا جلسة متأخرة عن الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير ، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق سابقاً على انقضاء هذه الثمانية الأيام ،

(١) الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٤٥ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٤٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٤ .

وكانت الدعوى مدنية لأن الدعوى التجارية قد لا تحتل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشتري إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضمناً . فإذا لم يكن المشتري قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة في تقدير المدة التي تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق الأوضاع العادية ، وتحسب في ذلك مواعيد المسافة . أما إذا كان المشتري هو الذي رفع الدعوى على الغير يطالبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره يطالبه فيها بتقريره حق ارتفاق للعقار المبيع داخل في البيع^(٢) ، فإن ميعاد الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضمان ، أي من وقت أن ينكر المدعى عليه دعوى المشتري . وفي غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل لإدخال البائع ضمناً في الدعوى جوازياً للمحكمة . على أنه إذا كان تحقيق دعوى الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشتري ، أو تحقيق دعوى المشتري المرفوعة على الغير ، يستلزم زمناً غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع يدفع المشتري إلى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضمناً في أية جلسة من الجلسات التي تؤجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور البائع^(٣) .

فإذا لم يدخل البائع المشتري ضمناً في الدعوى واكتفى بإخطاره بها في الوقت الملائم ، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن للخصوم قبل يوم الجلسة أو يطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ٢/١٢٦ مرافعات) . وحتى إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فإنه يجدر به أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه حتى يتولى دفعها ، إذ هو أقدر من المشتري على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق إذ نصت المادة ١/١٢٦ من هذا التقنين على أنه «يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضمماً لأحد الخصوم» . ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشتري هو الذي يدخل البائع ضمناً في الدعوى ، ويتبع في ذلك الإجراءات التي سبق ذكرها في إدخال المشتري البائع ضمناً في الدعوى^(٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ١٥٥ ص ١١٤ - الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ هامش رقم ١ .

(٢) الأستاذ عبدالمنعم الشرقاوي في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ٢٥٩ ص ٣٩٣ .

(٣) كذلك أجازت المادة ١١٨ من قانون المرافعات للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة .

وتعين ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى ، ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يدخل المشتري أو الغير -

ويلاحظ أنه إذا كانت دعوى الاستحقاق الأصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها . أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فإن هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان إذا كانت قيمته يتجاوز مصاب اختصاصها ، فتقتصر على الفصل في الدعوى الأصلية وحدها . ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر بسير العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الاحالة يكون غير قابل للاستئناف (م ٤٦ مرافعات) (١) .

فاذا تدخل البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشتري أو الغير المتعرض على النحو الذي بسطناه ، جاز للمشتري أن يبقى في الدعوى فينضم إليه البائع ، كما يجوز له أن يخرج منها فيحل البائع محله فيها (م ٤٤٠ مدني وم ١٢١ مرافعات) . وفي الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن ادعائه ، أو يحصل على حكم قضائي برفض هذا الادعاء (٢) . وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذاً عينياً ، كما سبق القول .

= البائع ضامناً في الدعوى ولم يتدخل البائع في الدعوى من تلقاء نفسه ، وهدت للمحكمة دلائل جديّة على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب المشتري والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع ضامناً ، وتعين أي الخصمين يقوم بإعلانه . فإذا لم يعلن هذا الخصم البائع في الميعاد الذي حدده له ، قضت عليه المحكمة بالغرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ٩٩ مرافعات (الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٨) .

(١) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المهيمنة بالنسبة إلى دعوى الضمان الفرعية غير واجبة المراعاة ، فقد يكون محكمة دعوى الاستحقاق الأصلية التي تنظر دعوى الضمان الفرعية هي غير محكمة البائع (الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ ص ١٧٥) . ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير مختصة (م ٦٠ مرافعات) ، كما إذا تعمد الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشتري في محكمة حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة وكان الأسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكمته مع إدخال المشتري خصماً في الدعوى .

(٢) ومتى نفذ التزامه على هذا النحو ، فإنه لا يكون مسئولاً نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها هذا عليه بأدخاله في الدعوى ، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض مادي من قبل الغير ، ما لم يكن هناك سبب جدي اقتضى رفع دعوى الاستحقاق على المشتري ، كأن كان البائع مهدداً بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جدي في البيع ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان (بلا نيول وريسير وهامل ١٠ فقرة ١٠٨ ص ١١٨ - بلا نيول وريسير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٢٨ - الأستاذ أبو سلطان فقرة ٢٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٣٠٨ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٣٤٩ هامش ١) أما مصروفات دعوى الاستحقاق فيحكم بها على مدعي الاستحقاق بعد أن حسر دعواه .

أما إذا فشل البائع في ذلك ، فإن التزامه بضمان تعرض الغير يتحول إلى تعويض إذا أصبح ضامناً لاستحقاق المبيع (١) ، وتقضى المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتقضى في الوقت ذاته بتعويض على البائع للمشتري بقدر وفقاً للقواعد التي سيأتي ذكرها في ضمان الاستحقاق . ويقضى في طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية (م ١٢٠ مرافعات) . وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولو لم يكن هذا قد وجه طلبات إلى البائع (م ١٢١ مرافعات) . وإذا خرج المشتري من الدعوى على النحو الذي أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده . ولكن خروج المشتري من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه يظل خصماً في دعوى الضمان فيقضى له بالتعرض على البائع (١) .

٣٤٩ - عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من اخطار المشتري إياه : وقد فرضنا فيما قدمناه أن البائع تدخل أو أدخل خصماً في دعوى الاستحقاق الأصلية . ولكنه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة ، فيبقى خارجاً عن الخصومة في دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل فلم يفعل . فهنا لا تخلو الحال من أمور ثلاثة : (١) أما أن يتولى المشتري وحده دفع دعوى المتعرض ، فينجح في دفعها ويقضى برفض طلبات المتعرض . (٢) وإما أن يقر المشتري للمتعرض بالحق الذي يدعيه أو يتصالح معه على هذا الحق . (٣) وإما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل في دفع دعوى المتعرض ، فيقضى للمتعرض بطلباته ويستحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً .

فاذا نجح المشتري وحده في دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائي برفض طلباته ، فقد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمانه . ولا يبقى إلا يرجع المشتري على البائع بما عسى أن يكون قد تجشم من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه .

وإذا أقر المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا ليكف عن

(١) التزام البائع بالضمان هو من الالتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد انعقاده ويتمتع على البائع تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يدفع ادعاء الغير بجميع الوسائل القانونية التي يملكها حتى يكف عن تعرضه للمشتري فإذا لم ينجح البائع في ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ويتنقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته .

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ الطعن ٤٧٦ لسنة ٣٩ ق م ٢٦ ص ٨٤٤) .

(١) الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٤ ص ١٧٧ .

تعرضه ، فسرى أنه يجوز البائع ، بادئ ذي بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداء مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني) . فإذا لم يختار البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، وجب افتراض أن المشتري قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو حسن النية ، فإنه قد دعا البائع إلى التدخل في دعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فاتخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض محق في تعرضه . في هذه الحالة يرجع المشتري على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذي سنبينه ، ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة (٢) أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ مدني) . ويستطيع البائع أيضاً أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض إذا كان هناك مقتض (٣) .

وإذا لم يقر المشتري للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل في دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائي ، فقد بذل المشتري كل ما في وسعه :

أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يسلم بحق المتعرض ، بل دفع دعواه بما يملك من وسائل . فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بحكم نهائي ، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق . ولا يكفي في دفع رجوع المشتري على البائع بهذه التعويضات أن يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكفي في حالة إقرار المشتري بحق المتعرض أو تصالحه معه . فقد أمكن في هذه الحالة الأخيرة أن يسبب إلى المشتري تقصير هو تسرعه في الإقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشتري لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير ، بل ظل إلى النهاية يدفع دعوى المتعرض ، فإذا كان لم ينجح فليس من الممكن أن ينسب إليه أي تقصير في ذلك . ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائي الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو الخطأ جسيم منه (١) ، فلا يكفي إذن إثبات خطأ غير جسيم في جانب المشتري (م ٤٤٠ مدني) (٢) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « والفرق بين الحالتين ظاهر ، ففي حالة ما إذا صدر الحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من المعقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع في الميعاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبي ولم يمسد إلى الصلح معه . أما في الحالة الأخرى فإن المشتري قد تحمل مسؤولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل ، بأن أثبت البائع أن الأجنبي ليس على حق في دعواه ، كان طبيعياً أن يفقد حقه في الضمان (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٩ - ص ٩٠) .

(٢) وإذا لم يتدخل البائع في الدعوى بالرغم من إخطاره ، ولم يدخله أحد من الخصوم ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة إلى المشتري ، فيرجع هذا عليه بالضمان إلا إذا أثبت البائع تدليس المشتري أو خطأ الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة إلى المستحق ، فإن هذا لم يدخل البائع في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهته . ومن ثم إذا عجز البائع عن إثبات تدليس المشتري أو خطأ الجسيم فدفعت له التعويضات التي يقررها القانون ، جاز البائع أن يرجع على المستحق ليثبت أنه غير محق في دعواه باستحقاق المبيع ، فيسترد منه ، ولا يجوز للمستحق أن يحتج بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشتري . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا أحل البائع بالتزامه ولم يتدخل في الدعوى ، فللمشتري أن يدخله فيها ، ولكنه ليس في حاجة إلى ذلك اكتفاء بالأخطار الذي سبقت الإشارة إليه . وإذا هو لم يرتكب تدليساً أو خطأ جسيماً في الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبي ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذي يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذي يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يدخل البائع في دعوى الاستحقاق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ - ص ٨٦) .

(١) والنص صريح في هذه الحالة الخاصة إذا أضيفت عبارة « ودعاه أن يحل محله فيها » ، فالمشتري إذا رأى وجوب الإقرار ، لا يصح أن يكتفى بمجرد أخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، بل يجب دعوته إلى التدخل فيها (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٧ هامش ١ - قارن الأستاذ عبدالمعزم البدروى فقرة ٣٠٩ ص ٤٧٠) .

(٢) فلا يكفي أن يثبت أن المشتري لم يحسن الدفاع ، أو أنه أغفل الدفع بطلان صحيفة الدعوى ، أو أنه لم يظهر المبيع من الرهن (نسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٧) . وليس المقصود من إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه أن يثبت أنه كانت هناك دفع لم يقدمها المشتري وكانت تكفى لرفض دعوى الاستحقاق (نسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣١٨) ، حتى لو كانت هذه الدفع خاصة بالمشتري كاستكمال مدة التقادم (نسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ١٤٢٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٠ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ - ٤ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٣) ، وقضت أيضاً بالألا محل للضمان إذا قصر المشتري في التمسك بتملك المبيع بالتقادم التقصير (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٢) ، أنظر ما يلي فقرة ٣٩٧ في الهامش . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم آخر بأنه لا يجوز للبائع أن يعي على المشتري أنه لم يعمل لتملك المبيع بالتقادم (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١) . فقد تأبى إنه المشتري أن يتملك بالتقادم بعد تمامه .

(٣) قارن الأستاذ عبدالمعزم البدروى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٧ .

٣٥٠ - عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من غير إخطار المشتري إياه : بقيت الحالة الأخيرة ، وهي ألا يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم ^(١) . ففي هذه الحالة إذا نجح المشتري في رد دعوى المتعرض ، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمانه كما في الحالة السابقة ^(٢) . أما إذا أقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائي ، وأراد المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق وجبت مراعاة أن المشتري قد قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادراً على التدخل وعلى رفع دعوى المتعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشتري أو خطأه الجسيم كما في الحالة السابقة ، بل يكفي أن يثبت أن تدخله في الدعوى ، لو ممكنه المشتري من ذلك في الوقت الملائم ، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٣/٤٤٠ مدني) ^(٣) .

(ب) التنفيذ بطريق التعويض

ضمان الاستحقاق

٣٥١ - متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق : يخلص مما قدمناه أن المشتري يرجع على البائع بضمان الاستحقاق في إحدى الأحوال الآتية : (١) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع دعوى المتعرض . (٢) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم . (٣) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى ، وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه . (٤) إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، وحكم للمتعرض ، ولم يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . (٥) إذا سلم المشتري للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

فإذا وجب للمشتري على البائع ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المتقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (أ) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً كاملاً طبقاً للقواعد التي سنبينها . (ب) وإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على الوجه الذي سذكره . (ج) وإما أن يكون المشتري قد دفع للمتعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على البائع ، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض . ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٣٥٢ - الاستحقاق الكلي - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع :

١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .

٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سعي النية .

٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٤٠ .

(١) ولا نرى أنه يكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فعلاً بالتعرض ، ما دام لم يتم هو بإخطاره به في الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره (قارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ١٥١ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٤٧) .

(٢) وقد لا يتجبع في دفع التعرض وبحكم باستحقاق المبيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشتري أراد بعدم إخطاره البائع بتعرض المستحق أن ينزل عن حقه في الرجوع بالضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نفت المحكمة في حكمها دعوى نفياً تاماً موضوعياً مفيداً أن المشتري تنازلاً فلا عن دعوى الضمان قبل البائع لهم ، ذلك تقدير موضوعي في شأن من الشؤون التي تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة القضاة ما دام هذا التقدير متزعزعا من وقائع ثابتة والعقل يقبله (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١) .

(٣) مصر استئنافي ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣١٦ - استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٤٢ ص ١٣٢ - وكان المشروع التمهيدى يجعل عبء الإثبات على المشتري لا على البائع ، فيثبت المشتري «أن البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في هذه الدعوى (م ٥٨٦ مشروع تمهيدى) . فعُدل النص في لجنة مجلس الشيوخ ، ونقل عبء الإثبات إلى البائع لأنه أصبح بعد صدور الحكم مدعياً ببراءة دمه من الالتزام بالضمان . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ و ص ٨٨ وانظر آنفاً فقرة ٣٤٧ في الهامش - وانظر عكس ذلك وأن القواعد العامة كانت تقضى بجعل عبء الإثبات على المشتري (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٣٢ هامش ١) .

٥٥ - وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

وكل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٩ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر على في التقنين المدني الجديد فيما عدا أمرين (١) في المشروع التمهيدي كان البند ٣ يذكر المصروفات الضرورية إلى جانب المصروفات النافعة (٢) لم يشمل المشروع التمهيدي على العبارة الأخيرة من النص وهي : «كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله» . وفي لجنة المراجعة حذفت كلمة «الضرورية» لأنه لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق ، وأضيفت العبارة الأخيرة التي سبق ذكرها حتى يبين أن النص مقصور على تطبيق قواعد للتنفيذ بطريق التعويض ولا يدخل هذا بحق المشتري في الفسخ أو الإبطال . وأصبح النص رقمه ٤٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - ص ٩٥ وص ٩٧ - ٩٨).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق النصوص الآتية :

م ٣٧٨/٣٠٤ : إذا كان الضمان واجباً ، ونزعت الملكية من المشتري ، فعلى البائع رد الثمن مع التضمينات .

م ٣٧٩/٣٠٥ : التضمينات المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف وما صرفه المشتري على المبيع والرسوم المنصرفة منه في دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع الخسائر الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزاع الملكية .

م ٣٨٠/٣٠٦ : إذا نزعت ملكية المبيع من المشتري ، وجب رد الثمن إليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأي سبب كان .

م ٣٨١/٣٠٧ : أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه ، فتحسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات .

م ٣٨٢/٣٠٨ : المصاريف الواجب على البائع دفعها في حالة عدم ملزمة مدعى الاستحقاق بها هي المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع .

م ٣٩٣/٣٠٩ : يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفه من المشتري في تزوين المبيع وزخرفته .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فيما يتعلق بنصوص التقنين السابق : «يخلط التقنين الحالي (السابق) كما يخلط كثير من التقنينات الأجنبية ، في هذه المسألة بين الآثار التي ترتب على فسخ البيع وتلك التي ترتب على التنفيذ بطريق التعويض ، من ذلك أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحالي (السابق) ترتبان أثر الفسخ ، ولكن المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الأولى عدم الخلط بين هذه الآثار وتلك على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصلح» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧) . وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال ، وأخص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتفادي التعويض المستحق . والميزة في تطبيق نصوص التقنين الجديد بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً

والمفروض في النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقاً كلياً ، أي أن المبيع كان مملوكاً

= للمشتري ، فمن هذا التاريخ ينشأ الالتزام بضمان الاستحقاق ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصوص التقنين السابق ، ولا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسري .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري المادة ٤١١ (وهي مطابقة للمادة ٣٤٤ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٥ - فقرة ١٦٨).

التقنين المدني الليبي المادة ٤٣٢ (وهي مطابقة للمادة ٤٤٣ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٤ : - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم وقت البيع ، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زادت . وله أن يسترد أيضاً قيمة الثمن التي ألزم بردها المستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان يستطيع المشتري أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى ٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يسترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي أنفقها على المبيع ، وأن يطلب تعويضاً عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

(والمظاهر أن التقنين العراقي يخلط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية الذي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيجعل التعويض على الثاني أوسع مدى منه على الأول . والتقنين المصري يميز تمييزاً واضحاً بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ولا يعرض للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته إلا فيما يتعلق بالمصروفات الكمالية - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٠٦ - فقرة ٢٠٩ وفقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٤٠ - والأستاذ حسن الصراف فقرة ٤٦٣) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٣٣ : إذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو لم يشترط شيء يختص بالضمان ، فالمشتري الذي نزاع منه المبيع كله يحكم بالاستحقاق بحق له أن يطالب البائع : أولاً - برد الثمن . ثانياً - بقيمة الثمن إذا أجبر المشتري على ردها إلى المالك المستحق . ثالثاً - بالمصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان وبمصاريف المدعى الأصلي . رابعاً - ببطل العطل والضرر مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية - على أنه لا يحق للمشتري أن يطالبه ببطل العطل والضرر إذا كان عالماً وقت البيع بخطر الاستحقاق .

م ٤٣٤ : إذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص في قيمته أو بعيب كبير لإعمال ارتكبه المشتري أو لحادث نشأ عن قوة قاهرة ، بالبائع يبقى مزمناً برد الثمن . أما إذا كان المشتري قد جنى نفعاً من التعيب الذي أحدثه في المبيع ، فللبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً يعادل قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع أن يرد بنفعه إلى المشتري أو يحمل المستحق على أن يرد إليه جميع نفقات الترميم والتأمينات المفيدة التي أحدثها المشتري في المبيع .

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير إذا كان سيئ النية أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه على المبيع للكماليات والمستحقات .

(والمظاهر أن التقنين اللبناني ، على غرار التقنين الفرنسي ، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال من جهة أخرى) .

غير البائع فانتزعه المالك الحقيقي من يد المشتري ، ويرجع المشتري لأن على البائع بضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشتري يملك - غير دعوى ضمان الاستحقاق دعويين آخرين ، هما دعوى الإبطال باعتبار أن البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير (1) ، ودعوى الفسخ على أساس أن المشتري يجيز البيع ثم يطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية (2) . وهاتان الدعويان - الإبطال والفسخ - لا شأن لنا بهما هنا (3) ، فالأولى قد تقدم ذكرها في بيع ملك الغير ، والأخرى هي دعوى الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجائين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص المتقدم إشارة صريحة إلى هذا المعنى إذ تقول

(1) أ - أنه إذا كان المشتري على علم وقت البيع بأن البائع لا يملك المبيع كان له أن يطالب بإبطال البيع ويسترد الثمن تبعاً لذلك . ولكن لا يكون له الحق في أي تعويض .

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٥٠٠)

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق)

ب - أن المشرع وإن كان قد أجاز للمشتري - طبقاً للمادة ٤٤٣ من القانون المدني - الرجوع على البائع له - في حالة استحقاق المبيع - بضمان الاستحقاق إلا أنه لم يمنع من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابق ذكرها بقولها «كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله» ومن مقتضى ذلك أنه في حالة القضاء بالفسخ ترتب الآثار التي نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدني وهي أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه .

(جلسة ١٩٦٧/٨/١٥ الطعن ١٩٣ لسنة ٣٤ ق س ١٨ ص ١٥٠٠)

(2) يدل نص المادة ٤٤٣ من القانون المدني على أن للمشتري في حالة استحقاق المبيع من تحت يده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ثلاث دعاوى هي دعوى الإبطال والفسخ وضمان الاستحقاق والأخيرة دعوى تنفيذ بمقابل إذ يفترض بقاء العقد ، وللمشتري أن يختار من بينها ما يشاء فإذا اختار دعوى ضمان الاستحقاق وهي دعوى التنفيذ بمقابل فإن ذلك يفترض بقاء العقد الذي يستمد منه حقه في رفع الدعوى ويكون الحكم المظنون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة في فضائه برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل صدور حكم بفسخ العقد قد أصاب صحيح القانون .

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١/١٩ الطعن ٥٨ لسنة ٤٤ ق س ٢٩ خ ص ٢٦٥)

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٢١٧ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٣٤٥)

(3) من المقرر قانوناً أنه إذا أنشأ المشرع للدائن أكثر من دعوى ، لاقتضاء حقه كان له أن يختار ما يشاء من بينها وإخلال البائع بالتزام ضمان عدم التعرض والاستحقاق ينشئ للمشتري عدة دعاوى من بينها طلب فسخ عقد البيع ، ومفاد المادتين ١/١٥٧ ، ١٦٠ من القانون المدني أن فسخ العقد يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويجوز مع الفسخ طلب التعويض إن كان له مقتضى ، ومن ثم إذا فسخ عقد البيع لإخلال البائع بأحد التزاماته جاز التزامه برد الثمن مع التضمينات التي منها ما يكون المشتري قد انفق على المبيع من مصروفات ضرورية .

(جلسة ١٩٨١/٤/١٥ الطعن ١١٦٤ لسنة ٤٧ ق)

« كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والذي يعني هنا هو التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدني قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وظاهر أن هناك فرقاً فنياً واضحاً بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذي انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال ، إما بالإبطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذي يعطى البائع للمشتري ليس مبنياً على العقد بعد أن زال . أما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقد البيع باق لم يزل ، إذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض في ضمان الاستحقاق إلا تنفيذاً بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا قاطع في أن عقد البيع باق لم يزل ما دام التعويض ليس إلا تنفيذاً له . ومن ثم كان التعويض في ضمان الاستحقاق مقدراً على أساس تعويض المشتري عن فقدته للمبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن (1) (1)

ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلي ، على أساس تعويض المشتري عن فقدته المبيع . وحتى تتمثل هذه العناصر تمثلاً واقعياً ، نفرض أن المبيع دار عندما تسلمها المشتري أجرى فيها ترميمات ضرورية ، ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعداً ، ودهن حيطان الدار لزخرفتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها . وبعد ذلك رفع شخص على المشتري دعوى استحقاق ، فأدخل المشتري البائع ضامناً في الدعوى ، وحكم باستحقاق الدار وتعويض المشتري على البائع . فهذا التعويض الذي يأخذه

(1) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع للتمهيد في هذا الصدد : « أثر المشروع في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذي تملبه القواعد العامة . فبضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا من قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطالب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع ، وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٥ - وأنظر أيضاً ص ٩٧) .

(1) لقاضي الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلتزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التي يعرض بها على المشتري ما خسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزاع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها في المادة ١٢٤ من القانون المدني القديم الذي يحكم واقعة النزاع .

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٢٦٦)

المشتري من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهريين هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات ، فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولاً - قيمة المبيع والفوائد القانونية : فيدفع البائع للمشتري قيمة الدار في الوقت الذي رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى (١)(١). ويلاحظ في تقدير قيمة الدار ألا يدخل في هذه القيمة المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية - أي الترميمات والطبقة الجديدة والمصعد والدهان - فهذه لها حساب آخر سيأتي بعد . وإنما يدفع البائع للمشتري قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلا من رد الثمن ، لأن المشتري يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله كما سبق القول ، فالبيع إذن باق وهو مصدر التعويض (٢). ولا تأثير لمقدار الثمن

(١) بودري وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة - وإذا كان المبيع حق انتفاع في الدار ، ردت قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بداهة عن القيمة وقت البيع (قارب بودري وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعاً باهظاً يرجع إلى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع أو استحداث تحسينات في المواصلات ونحو ذلك ، فمهما كان مقدار الارتفاع يرجع به المشتري على البائع لأنه قد خسر فعلا المبيع باستحقاق (قارب بودري وسينيا فقرة ٣٧٨).

(١) أ - ان المادة ٤٤٣ من القانون المدني تقضى بأنه إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق وهو وقت صيرورة حكم الاستحقاق نهائياً لأنه الوقت الذي يتأكد فيه نجاح الترخيص في دعواه ، وهي قيمة لا تأثير لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد .

(جلسة ١٩٩٨/٤/٢٨ الطعن ٢٩٨٩ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧ الطعن ٢١١ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١١٤٥)

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق س ٢٢ ع ١ ص ٢٦١)

ب - ليس للمشتري في حالة استحقاق المبيع للغير إلا حق الرجوع على البائع بالضمان فإذا كانت الأطنان ملكاً لوقف وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فيها مع الوقف ثم باعها المشتري إلى آخر ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثاني بثبوت ملكية الوقف لها ، فلا يحق لهذا المشتري إذا ما حكم بالزامه برد أطنان الوقف ، أن يطلب تسليمه أطنان الناظر السابق الخاصة التي وضع عليها بطريق البديل لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإنما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه.

(جلسة ١٩٤٥/٥/٣ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ - ٧٩ - ٢٥٧)

(٢) أما إذا كان يطالب على أساس فسخ العقد أو إبطاله ، فإنه يسترد الثمن لا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إذ بزوال العقد يصبح الثمن غير مستحق ، فيسترد المشتري بدعوى استرداد غير المستحق . وقد خلط التقنين المدني العراقي (م ٥٥٤) وتقنين الموحيات والمقرود اللبناني (م ٤٣٣) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ أو دعوى الإبطال ، فأوجبا على البائع في ضمان الاستحقاق رد الثمن . وهذا ما فعله أيضاً التقنين المدني الفرنسي (١٦٣٠ م و ١٦٣١ فرنسي) وانظر كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٨ =

على قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلو أن المشتري دفع ثماً للدار ألفاً وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فإن الذي يأخذه المشتري من البائع هو قيمة الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١). ويأخذ المشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية أي بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم ، ودون تمييز بين ما إذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيئ النية فسواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري (٢). ولما كان المشتري ملزماً ، كما نرى ، برد ريع الدار للمستحق من

= - جوسران ٢ فقرة (١١١١). ويبدو أنه ما دام المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فإنه لا يسترد مصروفات البيع مهددة ملحقة بالثمن وهي الثمن معاً تقبلها قيمة المبيع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٢ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٢٤٧ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٥٧ - الأستاذ عبدالمعزم البدراني فقرة ٣٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ - ص ١٧٦). وفي عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان المشتري يسترد الثمن ، كان يسترد أيضاً مصروفات البيع (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥). وفي فرنسا رأيان : رأى يذهب إلى أن المشتري لا يسترد مصروفات البيع إلا إذا كان حسن النية ، وهذا معناه أن مصروفات البيع تدخل ضمن التعويضات فلا تلحق بالثمن (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٣١ ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٥٥١). ورأى يذهب إلى أن المشتري يسترد المصروفات ولو كان سيئ النية ، وهذا معناه أنها تلحق بالثمن ولذلك يسترد المشتري سيئ النية إذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون أن يأخذ تعويضاً (بودري وسينيا فقرة ٥٣٧ ص ٥٦٩ - بيدان ١١ فقرة ٢١٥).

وتترتب على أن المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن لإيراداً مرتباً مدى الحياة ، فإن المشتري يتقي ملزماً بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولاً عينياً لم يرد فيه نص . أما في القانون الفرنسي ، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد ، فينقطع الإيراد (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٢٨ مكرر ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢١).

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد نهط عن قيمة وقت البيع إما بفعل المشتري ويكون ذلك عادة باستعمال المبيع أو هدم جزء منه ، وإما باسحاص سعر المبيع في السوق وكذلك قد تزيد بفعل المشتري أو بارتفاع سعر المبيع في السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحسين طرق المواصلات (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٠).

ويلاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشتري ، بدلا من الرجوع بضمين الاستحقاق ، أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٣٠٨ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٥٦ ص ٢٤٢ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣).

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل ، فانه يأخذ من البائع تعويضاً عن هذا الربح الفوائد بالسعر القانوني (٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية) لقيمة الدار وقت الاستحقاق ، فهذه الفوائد بالنسبة إلى هذه القيمة تقابل الربح بالنسبة إلى الدار (١). ويأخذ المشتري الفوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب .

ثانياً - الثمار : وإذا فرض أن المشتري كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فانه يكون ملزماً برد الربح الذي قبضه من الدار من اليوم الذي علم فيه بسبب الاستحقاق (م ٢/١٨٥ مدني) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ربح الدار إلى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثاني من المادة ٤٤٣ مدني أن المشتري يطلب من البائع «قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع» . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «والمفروض في ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه في التعويض . أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم (٢) .

ثالثاً - المصروفات : أما المصروفات التي أنفقها المشتري على الترميمات الضرورية التي أجراها في الدار ، فهذه يأخذها من المستحق ، سواء كان المشتري لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن النية أو سيئها ، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدني إذ تقول : «على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية» . ومن ثم لا يرجع المشتري على البائع بشئ من هذه المصروفات الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق (٣) . وأما المصروفات التي أنفقها في

(١) ويستحق المشتري الفوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثماراً ، كما لو كان أرضاً فضاء معدة للبناء ، وتكون في هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض فقد كان المشتري يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو أخذه من البائع فوراً بمجرد الاستحقاق (أنظر عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٥٦ ص ٢٤٤) . ويستحق المشتري الفوائد القانونية دون حاجة للمطالبة القضائية بها ، ويكفى في سريانها رفع دعوى ضمان الاستحقاق الأصلية أو إدخال البائع في دعوى الاستحقاق بصفة فرعية (الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٥٤ - الأستاذ عبدالمعصم البدرأوى فقرة ٣١٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦ - استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ - وإذا كان سبب الاستحقاق رهناً وبيع الدائن المرتهن ملكية المبيع ، فإن الثمار تلحق بالمقار من وقت تسجيل التنبيه (م ١٠٣٧ مدني) فيحرم منها المشتري ، ويرجع بها على البائع (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦) .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى يذكر استرداد المشتري من البائع المصروفات الضرورية التي يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، فصحح هذا الخطأ في لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ، لأن المصروفات الضرورية ولا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٥٤) .

إقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات نافعة أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدني والمادتان ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني حكمها . فإذا كان المشتري يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب منه إزالة هذه الطبقة مع التعويض أن كان له وجه ، أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة (م ٩٢٤ مدني) . وإذا كان المشتري لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، خير المستحق بين دفع نفقات البناء أو دفع ما زاد في قيمة الدار (م ٩٢٥ مدني) . وفي الحالتين يتحمل المشتري ، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذي يسمح به القانون على النحو المتقدم الذكر ، خسارة هي الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذي استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة . فهذه الخسارة يرجع بها المشتري على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ، ويستوي في هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو عالماً بذلك (١) . وأما المصعد الذي أنشأه المشتري في الدار ، فيغلب أن تكون المصروفات التي أنفقت فيه مصروفات نافعة ، ويكون حكمها هو الحكم الذي قدمناه في المصروفات التي أنفقت على إقامة الطبقة الجديدة . وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كمالية ، فيما إذا كان المالك في مثل الدار المبينة حتى بعد بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار في أية حاجة إليه ، وسنرى حالاً حكم المصروفات الكمالية . وأما المصروفات التي أنفقها المشتري على دهان حيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كمالية (٢) ، وحكمها وارد في الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدني ونقضى بأنه «إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة» . وظاهر أن دهان الحيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشتري إزالته ، فهو سبب تركه للمستحق دون أن يأخذ منه أى تعويض ، فهل يرجع بهذه المصروفات الكمالية على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ؟ يجيب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدني ،

= ٩٤ و ص ٩٧ - هذا وللمشتري حق امتياز على المبيع يكفل له رجوعه بالمصروفات الضرورية على المستحق (م ١١٤٠ و م ١١٤٨ مدني - الأستاذ محمد على أمام فقرة ٢١٠) .

(١) وقد كان القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق يقضى بذلك (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ - ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢) . على أنه لا يسترد المشتري من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق ، إما إذا أنفقها بعد رفع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ - ٩ يونيو ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧) .

(٢) وقد تكون في أحوال نادرة مصروفات نافعة ، وقد علمنا حكم هذه المصروفات .

كما رأينا، بأن المشتري يسترد من البائع هذه المصروفات الكمالية إذا كان البائع سعي البية، أي إذا كان البائع وقت البيع يعلم بسبب الاستحقاق. وتعمل المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا الحكم بما يأتي: «أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية، لأن المدين في المسؤولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع. فإذا كان البائع سعي النية، أي كان يعلم بحق الأجنبي، فيسأل في هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع، ويحق إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية»^(١).

رابعاً - مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان: يضاف إلى عناصر التعويض الذي يرجع به المشتري على البائع في ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التي رفعها المستحق عليه، فقد يكون المشتري قد بقي خصماً في هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق. فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كعنصر من عناصر التعويض. ثم إن المشتري قد أدخل البائع ضامناً في الدعوى، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق، ففي الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هي مصروفات إدخال البائع ضامناً أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية. فهذه المصروفات أيضاً يلزم بها البائع نحو المشتري، ويستثنى من ذلك المصروفات التي كان المشتري يستطيع أن يتجنبها لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم^(٢)، فقد يعطي المشتري في إخطار البائع بدعوى الاستحقاق، وقد لا يخطره أصلاً، ويتسبب عن ذلك أن تطول الإجراءات في غير مقتضى فتزيد المصروفات. فما زاد منها على هذا النحو لا يرجع المشتري به على البائع لأنه هو الذي تسبب فيه بخطأه^(٣). وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع اتقاء المصروفات على النحو المتقدم^(٤).

خامساً - ما لحق المشتري من الخسارة وما فاتته من الكسب: ويذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدني، كما رأينا، أن البائع يلتزم «بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاتته من كسب بسبب استحقاق المبيع». ونقول المذكرة الإيضاحية أن «ليس في ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة»^(٥). فالقواعد العامة تقضي بأن التعويض في المسؤولية-

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٦.

(٢) كما لو تكلف مصروفات للحصول على صورة مستند كان موجوداً عند البائع وكان يستطيع أخذه منه لو أخطره (الأستاذ مصور مصطفى مصور ص ١٧٥).

(٣) أنظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدني. وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ٤ ص ٩٦.

(٤) يبدان ١١ فقرة ٢١٤.

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧.

التعاقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاتته من كسب متوقع. وقد يكون هذا وتلك عنصرين جديدين في التعويض فوق العناصر التي قدمها. مثل ذلك، فيما لحق المشتري من خسارة، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطر لمعاينتها فانتقل إليها من بعيد برفقة البائع وتجنشم في ذلك مصروفات السفر، فهذه خسارة تحملها المشتري فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق^(١). ومثل ذلك، فيما فات المشتري من كسب، أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري الدار قد أعد له لاستغلاله في ناحية تدر عليه ربحاً معيناً ثم تحول عن هذه الناحية إلى شراء الدار والبائع يعلم ذلك. فاستحقاق الدار قد فوت على المشتري هذا الربح المعين الذي كان يجنبه لو أنه استغل ثمن الدار في الناحية التي فكر فيها من قبل، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق^(٢).

هذه هي العناصر المختلفة في التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق، وقد ذكرها القانون بالنص عنصراً عنصراً، فإبرز بذلك دعوى ضمان الاستحقاق بمقوماتها الذاتية (2)،

(١) بلائيول وريير وهامل ١٠ فقرة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣.

(٢) وفي عهد التقنين المدني السابق، حيث كان البائع يرد الثمن للمشتري، كان يجوز للقاضي أن يحسب، على سبيل التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب، فوائد على الثمن بسعر معين يدفعها البائع عند رد الثمن، وليس من الضروري أن يكون السعر هو السعر القانوني. وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع - عندما يجب على البائع رد الثمن مع التضمينات بسبب استحقاق المبيع - أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن، أو أن يحسب عليه الثمن بالفوائد التي يعرض بها على المشتري ما حصره وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزع الملكية. وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها في المادة ١٢٤ مدني (السابق) (نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٤).

(٣) لقاضي الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين، يلزم به البائع، علاوة على الثمن، أو أن يحسب عليه الثمن بالفوائد التي يعرض بها على المشتري ما حصره، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب نزع الملكية والاستحقاق، وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير، المشار إليها في المادة ١٢٤ من القانون المدني القديم الذي يحكم واقعة النزاع.

(٤) جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ المظن ٢٠٠ لسنة ٢٧ ق ص ٢٣ ص ٢٦١.

(٥) إذا كان الحكم المطعون فيه أتمأ عمل في قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد البيع وما ورد فيه عن ضمان الضامن المتضامن مع البائع، وكان يحوز للمشتري الاتفاق على أن يعرضه البائع في حالة حصول تعرض له في انتفاع بالمبيع، كما يحق للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(٦) جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ المظن ٢٤١ لسنة ٢٧ ق ص ٢٣ ص ٩٣٣.

وفارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال كما سبق القول . وأهم فرق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع . ففي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض^(١) ، أما في دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ فالمشتري يكون سعيه النية ، وقد علمنا في بيع ملك الغير أن المشتري إذا كان سعيه النية فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدني) ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بغير الثمن الذي دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التي سبق

(١) والفقهاء في مصر مقسمين في هذه المسألة ، فالقائلون باشتراط حسن نية المشتري حتى يكون له الحق في التعويضات الأخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير (الأستاذ أنور سلطان فقر ٢٥٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١٥) . والقائلون بأن للمشتري الحق في التعويضات الأخرى ولو كان سعيه النية يستندون إلى أن النصوص ميزت تمييزاً واضحاً بين دعوى إبطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك ، وإلى أن القواعد العامة في التنفيذ بطريق التعويض ، وهي القواعد التي تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق ، لا تستبعد التعويض عن الضرر إلا إذا كان الدائن هو الذي تسبب في إحداث الضرر ، ولا يجوز التحفظ إلا في حالة ما إذا أمكن تفسير علم المشتري بسبب الاستحقاق اتفاقاً ضمناً على عدم الضمان فيجب عندئذ رد قيمة المبيع دون التعويضات الأخرى ، الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٧ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ - ص ١٧٩ - الأستاذ سماعيل غانم ص ١٢٥ ص ١٢٦ - وقارب الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٥٩ . أما سوء نية البائع فلا يؤثر إلا في الضرر غير المتوقع كالمصروفات الكمالية ، فيعوض عنه البائع سعيه النية دون البائع حسن النية ، وفي غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن النية وكان المشتري سعيه النية .

وكان القضاء في عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان ضمان الاستحقاق يختلط ببيع ملك الغير ، يشترط حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٤ ص ٢٨١ - استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٢٥٥ ص ٥١٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٨ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤١ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٣ - أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠) .

وفي القانون الفرنسي ، حيث تختلط دعوى ضمان الاستحقاق بدعوى إبطال بيع ملك الغير ، يشترط الفقهاء الفرنسيون حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى قياساً على القواعد المقررة في بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشتري تعويضاً إلا إذا كان حسن النية (أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ ص ٧٦ - بودري وسيتيا فقرة ٣٧٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٣ ص ١٢٣ - بلانيول وريبير وبولاجيه ٢ فقرة ٢٥٥٢ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩١١ وقرة ٩١٩) . ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٣٧ دالور الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٥٣) عدلت أخيراً عن قضاائها السابق وذهبت إلى أن المشتري يستحق التعويضات الأخرى ولو كان سعيه النية (انسيكوبيدي دالور ٥ لفظ vents فقرة ١٣٢٠) .

ذكرها في ضمان الاستحقاق . وهذا وحده كاف في جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارزاً إلى جانب دعوى الفسخ ودعوى الإبطال ، وجعل المشتري يؤثر عادة أن يلجأ إلى هذه الدعوى دون الدعويتين الأخرين .

٣٥٣ - الاستحقاق الجزئي - النصوص القانونية - نص المادة ٤٤٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١- إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المواد السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٥٧ من المشروع النهائي . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وأبقى النص على حاله تحت رقم ٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) . ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد الآتية :

م ٣٨٤/٣١٠ : تزاع ملكية جزء معين من المبيع أو مائع فيه يعتبر قانوناً كنز ملكيته كله وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الإعلام به أو لم يكن ظاهراً وقد البيع يعتبر كنز الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المتزاع ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو علم المشتري لامتنع عن الشراء .

م ٣٨٥/٣١١ : ومع ذلك للمشتري في هذه الحالة إبقاء البيع أو فسخه ، ولكن ليس له أن يفسخ إضراراً بحقوق الدائنين برهن .

م ٣٨٦/٣١٢ : إذا أبقى المشتري البيع ، أو كان الجزء المتزاع ملكيته منه أو حق الارتفاق على البيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذي تزاع ملكيته منه بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع في وقت النزاع أو تضمينات تقدرها المحكمة في حالة ثبوت حق الارتفاق .

(وتختلف أحكام التقنين السابق عن أحكام التقنين الجديد في أنها هنا أيضاً - كما في الاستحقاق الكلي - تخلط ما بين الفسخ وضمنان الاستحقاق . ثم إنها في حالة استبقاء المشتري للمبيع ، الاستحقاق الجزئي تجعل التعويض مقدراً على وجه خاص هو جزء من الثمن يعادل قيمة الجزء المستبق بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حق ارتفاق قدر التعويض ط للقواعد العامة . والعبرة في تطبيق نصوص التقنين الجديد - كما قدما في الاستحقاق الكلي - بتار الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت بنصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسري .

ويعرض النص للحالة التي لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً . والاستحقاق الجزئي يتحقق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شائع أو مفرز ، وقد يتبين أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز^(١) ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجوداً ، ففي هذا كله يمكن القول بأنه استحقاق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلاً

= ويقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري ٤١٢ (مطابقة للمادة ٤٤٤ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٣ (مطابقة للمادة ٤٤٤ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٥ : ١ - إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لا علم للمشتري به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع ، فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

(وحكم التقنين العراقي يخالف حكم التقنين المصري في أمرين : (١) لا يميز التقنين العراقي في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسيم لو علم به المشتري لما أتم العقد واستحقاق غير جسيم كما فعل التقنين المصري ، فالاستحقاق الجزئي في التقنين العراقي حكمه واحد في جميع حالاته . (٢) وهذا الحكم هو الخيار بين الفسخ مع رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التعويض عن الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي . والتقنين المصري لا يفسخ البيع حتى بعد رد المبيع ، بل يبقى البيع قائماً ويكون سبباً في التعويضات الكاملة المقررة في الاستحقاق الكلي - أنظر في القانون المدني العراقي حسن الننون فقرة ٢١٠ - فقرة ٢١٤ وفقرة ٢٤١ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٣٧ : إذا لم ينزع من المشتري إلا جزء من المبيع ، وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المجموع كبير الشأن إلى حد أن المشتري لولا وجوده لامتنع عن الشراء ، حتى لو أن يفسخ العقد .

م ٤٣٨ : إذا لم يفسخ البيع في حالة استحقاق جزء من المبيع ، يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن ، مع بدل العطل والضرر عند الانقضاء .

م ٤٣٩ : إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرح بها ، وكانت كبيرة الشأن إلى حد يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى ، حتى لو أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ العوض .

(ويحتنف التقنين اللبناني في أن الخيار للمشتري في ضمان الاستحقاق الجزئي بين فسخ البيع أو استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن مع التعويضات الأخرى إن كان لها مقتضى ، أما في التقنين المصري فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي دون فسخ البيع وبين استبقاء المبيع وأخذ تعويضات تقدر طبقاً للقواعد العامة) .

(١) أو مثقل بصيرية تحمين ترتبت على أعمال المنافع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع أنسيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣٥٢) .

بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم يبين البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حق حكر . ففي جميع الأحوال التي يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثقلاً بتكليف ، يكون هنا استحقاق جزئي للمبيع .

ويميز النص في الاستحقاق الجزئي بين فرضين : (١) إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي قد بلغت من الحسامة قدرًا لو علمه وقت البيع لما أتمه ، كما لو اشترى أرضاً لإقامة مصنع أو مدرسة أو مستشفى فاستحق جزء منها فصار الباقي غير كاف للوفاء بالغرض المطلوب^(١) . وليس من الضروري في هذا الفرض أن يكون المشتري غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئي ، فقد يكون عالماً به ولكنه يعتقد أن البائع سيديره عنه ، كما إذا كان المبيع مرهوناً في دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين ويشطب الرهن^(٢) . (٢) إذا لم تبلغ خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي هذا القدر من الحسامة المبين في الفرض الأول (٣) .

فإذا كانت خسارة المشتري جسيمة بالقدر الذي يسطناه في الفرض الأول ، كان المشتري مخيراً بين رد ما بقي من المبيع بما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئي . فإذا اختار رد ما بقي من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي ، فإن ذلك يبدو طبيعياً إذ المفروض أن المشتري ما كان ليتم البيع لو عرف الخسارة التي تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئي . ولكن حتى في هذا الفرض لا يزال ضمان الاستحقاق محتفظاً بصفته الخاصة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضي بأن المشتري في هذا الفرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقي من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات إن كان لها مقتضى . ولكن النص يقضي ببقاء البيع لا بفسخه ، ويقوم التعويضات التي يستحقها المشتري على أساس هذا البيع ، فهو بعد أن رد بقية المبيع بما

(١) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٠ - ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٨ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١ .

(٢) فإذا لم يتم البائع بوفاء الدين ، وترتب على ذلك أن نزع الدائن المرتهن ملكية جزء من المبيع في مقابل الدين ، وجب في هذه الحالة أن تبين هل لو علم المشتري بأن هذا الجزء من المبيع ستنزع ملكيته أكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك ؟ فإن كان لا يقدم على الشراء ، كما في نطاق الفرض الأول .

(٣) فاستحقاق ٢١ قيراطاً في أرض مساحتها ٢١ فدناً لا يعد استحقاقاً جسيماً (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢) . وكذلك ظهور حق حكر على الأرض المبيعة ليس من شأنه أن يمنع الشراء (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٨٤) . وكذلك شراء أرض لتقسيمها وبيعها مجزأة . فاستحقاق جزء منها ، إذا لم يفت على المشتري غرضه (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧) .

أفاده منه يعتبر في حكم من استحق منه المبيع استحقاقاً كلياً ، فكان من الطبيعي أن يتقاضى من البائع كل التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي . ومن ثم يسترد المشتري من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية ، والشمار التي ردها للمستحق ، والمصروفات البافعة والكمالية على التفصيل الذي أسلفناه ، ومصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وكل ما لحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . ويبدو أن المشتري إذا كان يرد بقية المبيع وما أفاده منه إلى البائع في هذه الحالة ، فليس يرد ذلك بقاء على أن عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبه استحق المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، ولكن على أساس أن المشتري لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه التعويضات إلا بعد أن يستنزل منها ما أفاده من المبيع ، فوجد للمشرع أن الأوفق أن يأخذ المشتري التعويضات ويرد بقية المبيع وما أفاده منه ، فيصل بذلك من طريق سهل إلى نفس النتيجة (١) . أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع في يده ، فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاته من كسب ، بشرط أن يكون ذلك متوقفاً لأننا في صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع بغش من البائع أو خطأ جسيم منه فيأخذ المشتري تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع (٢) .

وإذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي ليست جسيمة بالقدر الذي لو علمه لما أتم البيع ، لم يكن أمامه في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن

(١) قارن مع ذلك ما ورد بالذاكرة الإيضاحية في العبارة الآتية : أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم ، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقاً لما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١) فهذه العبارة تفرض أنه إذا كان الاستحقاق جسيماً ، فالذي يفعله المشتري هو فسخ البيع . ولكن يبدو أن الأفضل من الناحية المعنية عدم القول بفسخ البيع في حالة الاستحقاق الجسيم ، وإلا لم يكن مفهوماً كيف يأخذ المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي - وهي تفترض حتماً أن البيع باق - مع القول بفسخ البيع (أنظر الأستاذ محمد علي أمام فقرة ٣٦٨ - الأستاذ عبدالمع البدرأوى ص ٤٨٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨١ - ١٨٢) .

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق (م ٣٨٩/٣١٢) يقضي ، إذا استبقى المشتري المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي ، بأن يكون التعويض هو جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذي انتزعت ملكيته مسوبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حق ارتفاق قدرت التعويضات طبقاً للقواعد العامة . ولم يسائر التقنين المدني الجديد التقنين السابق في ذلك ، بل جعل تقدير التعويض طبقاً للقواعد العامة في جميع الأحوال . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «وقد تجنب المشروع أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائماً قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٣٨٦/٢١٢ من التقنين الحالي (السابق) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٢) .

الضرر الذي أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي (١) ، وذلك طبقاً للقواعد العامة على النحو الذي أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز في هذا الفرض للمشتري أن يرد بقية المبيع وما أفاده منه على أن يأخذ التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، فإن هذه الرخصة مقصورة على الفرض الأول .

٣٥٤ - رد البائع ما أداه المشتري للمعترض - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٤٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

«إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفع أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات» (٢)

(١) فإذا كان الاستحقاق الجزئي من شأنه أن يزيد في قيمة الجزء الباقي من المبيع ، كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري ، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة . وهذا بخلاف التقنين المدني السابق الذي كان يقضي برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء المستحق ، فلا تكون الزيادة في قيمة الباقي من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض (استئناف مختلط ٣٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٨ : نزعت ملكية جزء من المبيع لشق شوارع حسنت من الباقي من المبيع ، فقضى برد جزء مناسب من الثمن ، أما التحسين فلم يمنع إلا من إعطاء تعويض آخر إذا لا ضرر يستحق من أجله التعويض) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ - ص ٩٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان نصاً يقرر حق استرداد ، فإنه لم يكن من الجائز الأخذ بحكمه في عهد التقنين المدني السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدني الجديد إلا إذا كان الاتفاق الذي يرميه المشتري مع المعترض ليتوفى استحقاق المبيع - وهو السبب القانونى لاستعمال حق الاسترداد - غير سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٤٢ مصرى . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣١ (مطابقة للمادة ٤٤٢ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٢ : إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، لم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بعوض ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، وللمشتري أن يرجع على بائعه بالضمان .

(وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المطبقة في القانون المدني المصرى ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما قرره المادة ٤٤٢ مصرى . ففي القانون العراقي المقروض أن المستحق ثبت حقه في البيع وحكم له به ، ثم اشتراه منه المشتري ، فيرجع المشتري في هذه الحالة على البائع بضمان الاستحقاق كاملاً . أما في القانون المصرى فالمقروض أن المشتري توفى أن يحكم للمستحق بحقه بأن أدى له شيئاً في مقابل هذا الحق ، فيجوز في هذه الحالة للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن -

وهذا الفرض الذي يعرض له النص شامل لحالاتي الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي، وييسر على البائع أمر ضمان الاستحقاق في الحالتين. والمفروض هنا أن المشتري توفى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك في مقابل مبلغ من النقود أو في مقابل شيء آخر يؤديه له. فيثبت القانون عندئذ للبائع نوعاً من الاسترداد (retrait) يستطيع بموجبه أن يكفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعويضات التي يباها في حالتي الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي، بأن يرد للمشتري ما أده للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق. وليس للمشتري أن يشكو، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالماً من الاستحقاق في مقابل ما أده للمتعرض، فإذا استرد من البائع قيمة هذا المال، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته، فلم ينله أي ضرر. وهذا الضرب من الاسترداد نادر، وليس له نظير في التقنين المدني إلا في حالات ثلاث: الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه^(١).

ونرى مما قدمناه أنه حتى يكون للبائع حق الاسترداد على النحو الذي أسلفناه يجب أن يتفق المشتري مع المتعرض على تفادي استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المشتري للمتعرض مبلغاً من المال في مقابل نزول المتعرض عن إدعائه وترك المبيع في يد المشتري سليماً من أي استحقاق. وهذا الاتفاق يقع غالباً عند رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشتري، سواء تدخل البائع في الدعوى أو لم يتدخل. وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق، بأن يتبين المشتري جدية ادعاء المتعرض فيتفق معه على الوجه المتقدم توفيقاً للاستحقاق وتفادياً من رفع دعوى به وما يجر ذلك من إجراءات ومصروفات. والاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض يكون في الغالب صلحاً، فيتصالحان على أن يعطى المشتري مبلغاً من النقود في نظير أن ينزل المتعرض عن ادعائه، وعند ذلك يخلص المبيع للمشتري خالياً من النزاع. ولكن هذا الصلح يعتبر بالنسبة إلى البائع استحقاقاً

= يرد للمشتري ما أده للمستحق. ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الأخير في العراق ما دام لا يوجد نص بهذا المعنى في التقنين العراقي - فارق الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٦ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٥٧ من ١٩٧ هامش ٢.

تقنين الموجهات والعقود اللبناني م ٤٤٠. إذا تخلص المشتري من الاستحقاق بدفع مبلغاً من المال، فللبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بردة ذلك المبلغ إلى المشتري مع الفوائد وجميع النفقات. (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصري).

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٩٢.

للمبيع، فيجب عليه الضمان^(١)، وأن كان يستطيع التخلص منه - أي استرداد ما كان يجب أن يدفعه للمشتري من تعويضات بسبب ضمان الاستحقاق - في مقابل أن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه المشتري للمتعرض وفوائده القانونية (٤)، في المسائل المدنية ٧٥٠ في المسائل التجارية) من يوم أن دفع المشتري المبلغ للمتعرض، وكذلك مصروفات الصلح الذي تم بين المشتري والمتعرض. فيتفادى البائع بذلك أن يدفع للمشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي أو الاستحقاق الجزئي، وهذا هو معنى الاسترداد. وغنى عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذي سيرده للمشتري أقل من التعويضات التي كان يدفعها له بسبب ضمان الاستحقاق، وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه. فالبايع إذن حر في أن يستعمل حق الاسترداد وفي ألا يستعمله، وهو لا يستعمله في حالتين: (١) إذا كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض، ويعتقد أن المشتري قد تسرع في الصلح معه، وقد قدمنا أنه في هذه الحالة لا يكون مسئولاً عن الضمان إذا أثبت أن المتعرض لا حق له في دعواه. (٢) إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب رده للمشتري بموجب استعمال حق الاسترداد.

وقد يكون الاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض صلحاً لا يدفع فيه المشتري للمتعرض مبلغاً من النقود. فقد يكون المستحق حق ارتفاق للمبيع ينكره المتعرض فيتفق معه المشتري على أن يكف عن أنكاره في نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لعقار المتعرض على المبيع. وفي هذه الحالة لا يتخلص البائع من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد، إلا إذا دفع للمشتري قيمة حق الارتفاق الجديد الذي أنشئ على المبيع العقار المتعرض والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح.

وقد يكون الاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض وفاء بمقابل، كأن يكون المبيع مرهوناً في دين، فيتفق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابل لهذا الدين سيارة مثلاً. وفي هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشتري قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت

(١) أ - إذا اختار المشتري - وفقاً لأحكام المادة ٤٤٤ من القانون المدني - استبقاء المبيع فإن لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيبة ومصروفات دعوى الضمان التي اضطره البائع إليها ويوجه عام عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب. (جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ مجموعة أحكام القضاة السنة ١٨ من ٢٦٤)

ب - التزام البائع بضمان الاستحقاق. قبوله للتعديل باتفاق المتعاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مده أو الإبراء منه، والاتفاق على إنقاص ضمان الاستحقاق أو أسقاطه. شرط حخته ألا يكون الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع وعدم تعمله أخفاء حق الأحيى عليه.

(جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠ الطعن ٩٠١ لسنة ٥٨ ق).

٣ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٥٥ - زيادة الضمان أو انقاصه أو اسقاطه - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن يقصبا منه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتي :

١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار^(١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٧٥/٣٠١ ، ٣٧٧/٣٠٣ ، (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٥ . ورد هذا النص في المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يدمج الفقرات الثلاث في فقرتين اثنتين . وفي لجنة المراجعة قسمت الفقرة الأولى إلى فقرتين لتمييز الحكمين كل منهما عن الآخر ، أصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطابقةً بدلت لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٣ - ص ١٠٤) .

م ٤٤٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان لا يشتمل في الفقرة الثانية على عبارة «استحقاق» ، فأضيفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٤٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٥ و ص ١٠٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٧٥/٣٠١ : يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه للبيع ، إنما إذا كان هذا الاشتراط حاصلًا بألفاظ عامة وصار نزع الملكية من المشتري ، فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التضمينات .

التسليم ومصروفات الاتفاق الذي تم بين المشتري والمتعرض^(١) .

ويبدو أنه إذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فإن عقد البيع الأصلي يبقى قائماً بينه وبين المشتري . وهذا العقد هو الذي يحدد العلاقة فيما بينهما ، إلا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد ترقاه البائع باستعمال حق الاسترداد كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن المشتري يعتبر متلقياً ملكية المبيع من البائع لا من المتعرض ويبقى البائع ملتزماً نحو المشتري بسائر التزامات البائع ، فلو ظهر في المبيع مثلاً عيب خفي رجع المشتري على البائع بضمان هذا العيب .

والمفروض في استعمال البائع لحق الاسترداد على النحو الذي قدمناه أن يكون للمشتري قد اتفق مع المتعرض ، وتوفي باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما إذا ترك المشتري المتعرض في دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلي مثلاً فاستمر المبيع من تحت يد المشتري ، ثم اتفق المشتري بعد ذلك مع المستحق على أن يعيد إليه المبيع بعقد جديد ، بيع أو مقايضة أو غير ذلك ، فإن ضمان الاستحقاق يكون واجباً على البائع الأصلي ، ولا يستطيع هذا أن يتوقاه بأن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه هذا المستحق في البيع الجديد أو قيمة العين التي قايس بها المشتري المستحق على المبيع . فضمن الاستحقاق يبقى في ذمة البائع ، وتسرى عليه الأحكام التي بسطناها فيما تقدم ، وعلاقة المشتري بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي بموجبه أعاد المستحق للمشتري الشيء المبيع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة^(٢) .

(١) ونرى من ذلك أن حق الاسترداد بالتفصيلات التي قدمناها قد أعطاه القانون للبائع تسيراً عليه للتخلص من ضمان الاستحقاق . ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : «أما التسير على البائع فيتحقق في أنه لو ظهر أن الأجنبي على حق في دعواه ، وكان المشتري قد توفي استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغاً من النقود أو أى شيء آخر ، صلحاً كان ذلك أو وفاء بحقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وكذا تدخل البائع في هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن البائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعرضه تماماً عما دفعه للمستحق : المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة في القانون على حق الاسترداد : انظر مثلاً آخرين في استرداد الحصة الشائعة وفي استرداد الحق التام فيه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ - ص ٩٢) .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : «ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد توفي استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يترق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد البحران - م ٥٠٦ - من أنه «لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئاً وأمسك المبيع ، يكون هذا شيئاً لمبيع من المستحق ، وله أن يرجع على بائعه بالثمن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - ص ٩٥) .

المادة ٥٥٢ من التقنين المدني العراقي أنفاً في نفس الفقرة في الهامش) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٤ - ٤٣٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٦ - ٥٧٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٣٠ - ٤٣٢ و ٤٣٩ (١)

م ٣٧٦/٣٠٢ : لا تبطل ملزومية المانع المشترك عدم الضمان برد الثمن إلا ثبت علم المشتري وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع في جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٣٠٣ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان حق المدعي في استحقاق المبيع ناشئاً عن فعل البائع .

(والأحكام واحدة في التقنين الجديد والسابق : ولكن نصوص التقنين الجديد أوفى وأكثر شمولاً للحالات المختلفة : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٧)

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٣ (متفقة مع المادة ٤٤٥ مصريه فيما عدا أن النص السوري قد أغفل الفقرة الثانية من نص التقنين المصري، فلا يكفي إذن في التقنين السوري أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أ البائع قد بان عنه للمشتري حق لا يضمنه البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان) .

م ٤١٤ (مطابقة للمادة ٤٤٦ مصري) .

وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٣ - فقرة ١٨٠ .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٤ - ٤٣٥ (مطابقتان للمادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٦ (مطابقة للمادة ٤٤٥ مصري) .

م ٥٥٧ : ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أى استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسؤولاً عن رد الثمن فقط . (وهذا الحكم يخالف نص التقنين المصري في أن البائع - عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير - يكون مسؤولاً في التقنين المصري عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وفي التقنين العراقي عن رد الثمن . ولم يرد في التقنين العراقي العبارة الأخيرة الواردة في نص التقنين المصري إلا إذا ثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم في العراق لاتفاقه مع القواعد العامة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٣٠ : يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدوا أو يقصوا مفعول هذا الموجب القانوني ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما .

م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً عند تمام الاستحقاق ، الثمن ، إلا إذا كان المشتري قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر . أنظر أيضاً المادة ٤٣٩ آنفاً فقرة ٣٥٣ في الهامش .

(والأحكام واحدة في التقنين اللبناني والمصري ، إلا أن التقنين اللبناني والمصري أكثر تفصيلاً) .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التي قدمناها ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير - كالاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع - قد يكون اتفاقاً على زيادة هذا الضمان أو اتفاقاً على أنقصه ، أو اتفاقاً على إسقاطه .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحاً في أن إرادة المتبايعين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق في عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعلية ، أو أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك . فمثل هذه العبارات لا تعدل شيئاً في أحكام الضمان التي سبق بسطها ، وإنما هي ترديد للقواعد العامة في هذا الشأن في وضع يريد المتعاقدان به إبراز التزام البائع بالضمان وتأكيد هذا الالتزام ولكن دون إدخال أى تعديل في أحكامه (١) (١) . ويراعى أيضاً أن

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ٣٩٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان ، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه في مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذي يفهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون - أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة ، فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون . ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه ، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (نقض مدني ٣ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦) . وأنظر أيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٧٠ - استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ١٣ ص ١٣٩ .

(١) أ - أنه إذا كان الحكم المطعون فيه إنما اعمل في قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد البيع ، وما ورد فيه عن ضمان المتضامن مع البائع ، وكان يجوز للمشتري الاتفاق على أن يعرضه البائع في حالة حصوله تعرض له في انتفاعه بالبائع ، كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ الطعن ٣٤١ لسنة ٣٧ ق م ٢٣ ص ٩٣٣)

ب - إذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشتري حد حصول تعرض له في الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق إلا أن التزام البائع القانوني بالضمان يقبل التعديل باتفاق العاقدين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذي يقصده من اتفاقهما ، وأنه وإن كان اشتراط الضمان في عقد البيع بالفاظ عامة ويعتبر تعديلاً في الأحكام التي وضعها القانون لهذا الالتزام ، إلا أن إذا كان المشتري والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فإنه في هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان في العقد - وهو أصلاً لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع بالتعويضات .

الاتفاق على إسقاط الضمان أو على أنقصه يجب عدم التوسع في تفسيره ، فإن المشتري بهذا الاتفاق ينزل عن حق له أو بعض حق والنزول عن الحق يفسر تفسيراً ضيقاً طبقاً للقواعد العامة .

٣٥٦ - الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيراً في العمل ، فإن القواعد العامة في أحكام الضمان ، كما رأينا ، تضمن عادة للمشتري كل تعرض من الغير ، وتكفل له تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي يخوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال على النحو الذي قدمناه .

على أن المشتري قد يزيد في الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعماله في الأصل ليست داخلية في الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة في التعويض الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام . مثل ضمان أعمال ليست داخلية في الأصل في الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا نزع ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة (١) ، فنزع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل في الأعمال التي يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة في الضمان ، فزاد المشتري ضمان البائع بهذا الاتفاق . وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ، ولكنه يعدل في شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية إلا إذا كان البائع سيئ النية (٢) . ومثل التعديل في الشروط أيضاً أن يحتفظ المشتري لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئي ، في رد المبيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم ، والأصل كما رأينا أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً بالقدر الذي لو علم به المشتري لما أتم البيع . ومثل التعديل في الشروط أخيراً أن يشترط المشتري الرجوع على البائع بضمن الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلاً متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قدمنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلاً (٣) . ومثل زيادة الضمان عن

= علاوة على رد الثمن في حال استحقاق المبيع . = (جلسة ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة أحكام القضاة السنة ١٥ ص ٩٤٠)

ج - لا يلزم لسقوط حق الضمان عن البائع استعمال ألفاظ معينة أو التعبير بعبارة ساقط الخيار ، وإنما يكفي أن يكون واضحاً من صياغة الشرط الاعفاء من ضمان الاستحقاق مع تحقق شروطه القانونية .

(جلسة ١٩٩٩/٥/٣٠ الطعن ٩٠١ لسنة ٦٨ ق)

(١) يبدان ١١ مقرة ٢٢٦ - ويحسن أن تحدد المدة التي إذا نزع ملكية المبيع للمنفعة العامة في خلالها وجب الضمان ، وذلك حتى يكون الضمان محدداً فيسهل إعماله (بودري وسينيا مقرة ٣٩٩) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ .

(٣) أنسيكلوبيدي دالليز ٥ لفظ vente مقرة ١٣٧٠ .

طريق زيادة التعويض أن يشترط المشتري ، عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن ، والأصل كما قدمنا أنه لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن الثمن .

٣٥٧ - الاتفاق على انقاص الضمان : وهذا الاتفاق ، بخلاف لاتفاق على زيادة الضمان ، يقع كثيراً في العمل . ويتناول هو أيضاً إما الأعمال الموجبة للضمان فيقلل منها (١) أو مقدار التعويض المستحق فينقص منه . مثل التقليل من الأعمال الموجبة للضمان أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها البائع ، أو عدم ضمان حقوق ارتفاق للمبيع إذا ظهر فيما بعد أنها غير موجودة ، أو عدم ضمان استحقاق المبيع في حالة ما إذا كان هذا الاستحقاق مترتباً على إبطال سند ملكية البائع لمعيب معين فيه . ومثل إنقاص مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، عند الاستحقاق الكلي ، ألا يرجع عليه إلا بالثمن ولو نقص عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٢) ، أو ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يستردها المشتري من المستحق كاملة ، أو ألا يرجع عليه بتعويض أصلاً فلا يسترد إلا الثمن أولاً يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدني كما رأينا : «ويجب باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي» . فإذا كان البائع ، وهو يشترط إنقاص الضمان في خصوص حق معين قد يظهر لأجنبي على العين المبيعة ، يعلم بوجود هذا الحق فعلاً وقت البيع ويكتفه عن المشتري ، فإنه يكون بذلك قد ارتكب غشاً واشترط عدم مسئوليته عنه ، ولا يجوز طبقاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن الغش حتى لو كانت المسئولية عقدية . فالنص المتقدم إذن ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ويكون الاتفاق على إنقاص الضمان باطلاً إذا كان البائع قد تعمد أخفاء حق الأجنبي .

على أنه لا يكفي مجرد علم البائع بحق الأجنبي وقت البيع حتى يقال إنه أخفاه عمداً من المشتري ثم اشترط عدم الضمان . فقد يكون البائع عالماً بحق الأجنبي دون أن يخفيه عن المشتري ، بأن يكون المشتري نفسه عالماً بهذا الحق كالبائع ، ورضي باشتراط البائع عدم ضمان هذا الحق ، ففي هذه الحالة لا يكون الشرط باطلاً لأن البائع لم يخف عن المشتري شيئاً . بل قد يكون المشتري غير عالم بحق الأجنبي ، ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق إذا كان يعتقد أن المشتري عالم به عندما اشترط عدم ضمانه إياه . فلا يكون البائع في هذه الحالة أيضاً قد تعمد أخفاء حق الأجنبي عن المشتري حتى يبطل شرط عدم

(١) ويعفى من الضمان إطلاقاً فيما يتعلق بالأعمال التي اتفق على استبعادها (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦ .

الضمان ، ويكون الشرط صحيحاً . أما إذا كان البائع يعلم بحق الأجنبي ، ويعلم في الوقت ذاته أن المشتري لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبّر المشتري بوجوده ، فإنه يكون في هذه الحالة قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ، ويكون شرط عدم الضمان باطلاً ، ويضمن البائع للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور حق الأجنبي بالرغم من هذا الشرط .

ويلاحظ أنه إذا كان كل من البائع والمشتري عالمين بحق الأجنبي وقت البيع ، لم يكن هذا وحده كافياً للقول بأن هناك شرطاً ضمناً للبائع لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالمين به ومع ذلك أمل المشتري أن يدفع البائع عنه تعرض الأجنبي بوسيلة أو بأخرى عن طريق حمل الأجنبي على النزول عن حقه . فإذا لم يتحقق أمل المشتري في هذه الحالة ، ولم يستطع البائع أن يدفع تعرض الأجنبي ، فاستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق . وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على إنقاص الضمان اتفاقاً ضمناً ، فالاتفاق الضماني يجوز كالاتفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشتري بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقاً ضمناً على عدم ضمان هذا السبب ، ولكن يشترط في ذلك أن يقتصر هذا العلم بملابسات وظروف تكون قاطعة في استخلاص شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط البيع الأخرى (١) .

والاتفاق على أنقاص الضمان . بخلاف الاتفاق على إسقاط الضمان كما ستري . يبقى صحيحاً حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع فيجوز للبائع أن يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من رهن هو الذي رتبته على المبيع قبل البيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب هو مسئول عنه (٢) . ولكن يبطل

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ ص ١٣٢ - وقد يشترط الضمان في العقد ويكون المتبايعان عالمين وقت التعاقد بسبب الاستحقاق ، ففي هذه الحالة يدل شرط الضمان في العقد - وهو أصلاً لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده تأميناً لا يكون إلا بالنزول البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١) . وقد ثبت أن المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاحق بسند البائع ، وأنه أقدم على الشراء مجازفاً وتحت مسؤوليته ، فلا يكون له الحق في طلب التضمينات ، ولكن يحق له استرداد الثمن إلا إذا اشترى ساقط الخيار (نقض مدني ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٥ ص ٤٣٧ - وأنظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - ١٠ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقدر المبلغ الذي يسترده بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ في حالة الاستحقاق (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧١) .

(٢) بودري وسيبيا فقرة ٤٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٣ ص ١٣٣ .

هذا الاتفاق إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً إلى غش البائع ، إذ لا يجوز للبائع اشتراط عدم مسؤوليته عن غشه . فلا يجوز أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشئ من بيعه المبيع مرة أخرى لمشتري ثان يتقدم على الأول بسبقه إلى التسجيل في العقار أو إلى الحيازة في المنقول (١) .

٣٥٨ خصوصية في حقوق الارتفاق : وكان مقتضى القواعد التي قررناها أن البائع إذا أراد إسقاط ضمانه لحق ارتفاق على المبيع ، وجب أن يشترط عدم الضمان ولا يكفي أن يكون المشتري عالماً بوجود هذا الحق على المبيع . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني أفردت حقوق الارتفاق (٢) بحكم خاص بها في هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على ما يأتي : « يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً . أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٣) . فيكفي إذن أن يكون المشتري عالماً بحق ارتفاق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان . ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تفارق غيرها من الحقوق في هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففي حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان (٤) وإما

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ . أما اشتراط إسقاط الضمان أصلاً - لا مجرد إنقاصه - عن التعرض الصادر من البائع نفسه ، فقد رأينا أنه غير جائز ، ولو كان الضمان غير ناشئ من غش البائع بل عن فعله فقط (بودري وسيبيا فقرة ٤٠٥) .

(٢) ويضيف القانون المدني الفرنسي إلى حقوق الارتفاق التكاليف كحق الانتفاع وحق المستأجر وكل حق من شأنه أن ينقص الانتفاع بالعين وإنما يعرضها لخطر نزاع الملكية (بودري وسيبيا فقرة ٣٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨) . ولا يجوز في القانون المصري التوسع ، فقد قصر النص الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أي تكليف آخر كحق انتفاع أو حق حكر (الأستاذ عبدالفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٠ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦ - عكس ذلك الأستاذ عبدالمنعم البدراري فقرة ٣٠٠) .

(٣) وتحمل هذه الخصوصية طابع التقاليد القديمة في حقوق الارتفاق ، عندما كان القانون الروماني يجعل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لأن التنظيم الاقتصادي للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق . ولم تستقل هذه التقاليد كاملة ، بل تركت أثرها في جعل حق الارتفاق الظاهر أو الذي أعلم به البائع المشتري لا يضمنه البائع (أنظر أنفا فقرة ٣٢٥) .

(٤) وإذا اشترط البائع إسقاط الضمان إطلاقاً ، وكانت هناك حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها المشتري وقت البيع ، فإن البائع يبقى ملتزماً بضمان ما كان منها ناشئاً عن فعله ، إلا إذا أبان عنه للمشتري . أما أخفاها عنه ، وكذلك إذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة عن فعله وأخفاها عن المشتري (م ٣/٤٤٥ مدني) ، فإن الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باطلاً (بودري وسيبيا فقرة ٤١٣) فلا يبقى إذن إلا حالة ما إذا كان البائع لا يعلم بحق ارتفاق على المبيع وكذلك لا يعلمه المشتري وقت البيع ، -

بأن يثبت أن المشتري قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع ، أما في الحقوق الأخرى فإن البائع يكون غير ضامن باشتراطه عدم الضمان ولا يكفي إثبات علم المشتري بها عن أى طريق (١)

= فإن اشتراط إسقاط الضمان في هذه الحالة يعنى البائع من التعويضات ، ولكن لا يعفيه من رد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب وجود حق الارتفاق .

أما إذا اشترط البائع عدم ضمان حقوق الارتفاق الخفية فهذا شرط في إنقاص الضمان لا في إسقاطه . ومن ثم يصح ، ويصل إلى مدى أبعد من شرط إسقاط الضمان . ذلك أن البائع ، إذا كان يضمن في هذه الحالة حقوق الارتفاق الناشئة من فعله أو التي يعرفها وأخفاها عن المشتري ، فإنه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يعلمها هو ، سواء علمها المشتري أو لم يعلمها . فلا يضمن إذن حق ارتفاق مجهول للمشتري ، ويعنى في هذه الحالة حتى من التعويضات ، وهو لا يعفى من التعويضات في حالة اشتراط إسقاط الضمان (قارب كولان وكايتان ٢ فقرة ٩١٨) .

(١) ويلاحظ أن قيود الملكية - كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور - ليست حقوق ارتفاق بل هي الصحيح ، فهذه يقرها القانون والمشتري يعرفها أو ينبغي أن يعرفها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشتري ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، وسواء أثبت البائع أن المشتري يعرفها أو لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع خلو المبيع من حقوق الارتفاق (استئناف مختلف ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧ - بودرى وسينيا فقرة ٣٨٧ - دى باج ٤ فقرة ١٣٩ - بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٥٢٧ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي رقم ٣٥٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ - الأستاذ محمد على إمام ص ٢٤٥ - الأستاذ عبدالمعتم البدرأوى فقرة ٣٠٢) ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيوداً بل ارتفاقات لأنها لا تنشأ إلا إذا طلبها من يريد تقريرها .

والعقود الناشئة من خط التنظيم تعتبر هي أيضاً قيوداً على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لا يضمن ظهور حقوق ارتفاق طبيعية أو قانونية كحق الارتفاق الناشئ من خط التنظيم ، فهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق ، بل هي قيود قانونية المفروض أن المشتري يعرفها (استئناف مختلف ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ . وانظر أيضاً استئناف مختلف ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - بودرى وسينيا ص ٢٥٢ هامش رقم ٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا اشترى شخص عيناً قد صدر مرسوم بنزع ملكيتها من قبل شراف أو مرسوم بتعديل خط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها في الشارع ، فليس له أن يدعى بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموجبة لفسخ عقد الشراء (استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩) . لكن إذا تعمد البائع أخفاء خط التنظيم عن المشتري ليحصل على ثمن أعلى ، فإنه يكون قد غش المشتري ، ويرجع هذا بدعوى التدليس (استئناف مختلف ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٧ وهو الحكم السابق الذكر) .

ومع ذلك فقد قضت أخيراً محكمة مصر الكلية بأن وقوع العقار المبيع في خط التنظيم بعد عينا حقيقياً في حكم المادة ٤٧٧ مدنى ، لأنه ينقص من قيمة المبيع ونفعه بحسب الغاية التي تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى والعرف الجارى وما يستفاد مما هو مبين بالمعقد وطبيعة العقار المبيع والغرض الذى أعد له وهو استعماله والانتفاع به بطرق الانتفاع كافة . وليس في استطاعة المشتري إذا فحص

وليكون علم المشتري بحق الارتفاق كافياً لإسقاط ضمان البائع ، يجب كما قدمنا أن يكون المشتري قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولاً) من كون حقوق الارتفاق على المبيع ظاهراً ، فيستطيع المشتري وقت البيع وهو يعاين المبيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، فسكوته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع (١) . ويخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لإسقاط الضمان ، علم المشتري فعلاً بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانياً) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً ، فيكفى أن يعلم البائع المشتري بوجود هذا الحق (٢) . وليس هذا الإعلام معناه اشتراط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق ، فيصبح المشتري عالماً به ، وسكوته في هذه الحالة رضاء ضمنى بإسقاط ضمان البائع (٣) . ويبدو من صياغة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥

= المبيع وقت الشراء بعناية الرجل المعتاد أن يتبين أن العقار المبيع داخل خط التنظيم ، لأن العيب لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لا يكفي مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالجريدة الرسمية للدلالة على علم المشتري أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤٤ مدنى تنص على ضمان البائع إذا وجد المبيع مثقلاً بتكليف (charge) وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدر ما لو علمه لما أتم العقد . وعجالة التكليف تشمل عمومها كافة حقوق الانتفاع اتفاقية كانت أو قانونية ، كما أنها تمتد إلى القيود القانونية التى تخد من نطاق حق الملكية ، والعقار الداخل في خط التنظيم يكون مثقلاً بتكليف لمصلحة النفع العام وينطبق عليه حكم المادة ٤٤٤ (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ ص ١٩١٦) .

(١) استئناف مختلف ٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٥٣ - لكن إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ، ومع ذلك ضمن البائع أنه غير موجود أو أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، لزمه الضمان (بودرى وسينيا فقرة ٣٨٩ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٥٥ - الأستاذ جميل الشراقوى ص ٢٦٥ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥) . وإذا كان للمبيع حق ارتفاق ظاهر ، فإن البائع يضمنه ولو لم يفرد بالذكر في عقد البيع . فإذا تبين أن هذا الحق غير موجود بعد أن اطمأن المشتري إلى وجوده الظاهر ، جاز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان (بودرى وسينيا فقرة ٣٩٠ - دى باج ٤ فقرة ١٣٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٩ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ٣٤٦ - الأستاذ عبدالمعتم البدرأوى فقرة ٣٠٠ - استئناف مختلف ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٤ - ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ - وانظر خلافاً في هذه المسألة مع ترجيح هذا الرأي إنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ١٣٦٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ضمن البائع خلو المبيع من أى حق ارتفاق ، فظهور ارتفاق مطلق على المبيع يوجب الضمان إذا كان المشتري قد اعتقد أنه موجود على سبيل التسامح (٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٣٩) .

(٢) ويجب أن يعلمه بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يكفي التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق ارتفاق أو نحو ذلك (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ وهامش رقم ١) ولا يوجد شكل خاص للإعلام ، فيصح أن يكون شفوياً ، ولكن البائع يحمل عبء إثبات أنه أعلم المشتري بوجود حق الارتفاق .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وإعلام البائع للمشتري بوجود حق -

مدى السالفة الذكر^(١) أن المشتري يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطريقتين أو من كليهما^(٢) ، فلا يكفي إسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو نائبه ، أو يكون عالماً به من قبل دون أن يحبره به أحد . ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق الذي يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً بطوى فيه معنى إسقاط الضمان . فكون حق الارتفاق ظاهراً كاف في جعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بحق الارتفاق ويرضى فيه بإسقاط الضمان . وكون البائع نفسه هو الذي تولى إعلام المشتري به كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمني على عدم الضمان . أما علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، فلا يتوافر فيه هذا المعنى . ويترتب على ذلك أن حق الارتفاق إذا كان مسجلاً ، ولكنه لم يكن ظاهراً ولم يعلم به البائع المشتري ، فإن مجرد تسجيله لا يستخلص منه علم المشتري به العلم الواجب لإسقاط ضمان البائع ، فما لم يشترط البائع عدم ضمانه لحق ارتفاق مسجل لزمه الضمان^(٣) (١) (٢) (٣)

= ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق فلا ترجع المشتري بشئ على البائع . ويقوم مقام إعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦) . وبلا حظ أن العبارات المتقدمة تجعل إعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق يقوم مقام أمرين ، شرط عدم الضمان وعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، كما لو كان الاتفاق على إنقاص الضمان يقتضي الأمرين معاً . والصحيح أن الذي يقتضي الأمرين معاً هو الاتفاق على إسقاط الضمان إطلاقاً لا على مجرد إنقاصه ، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على أنقاص الضمان لا على إسقاطه .

(١) وهي تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي المقابلة ، ومن ثم جاز في القانون المدني الفرنسي - وهو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني السالفة الذكر - أن يحصل المشتري علمه بحق الارتفاق من أي طريق آخر (بودري وسينيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٣٨) . قارن دي باج ٤ فقرة ١٤٣ .

(٢) أنظر من هذا الرأي الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي ص ٢٥٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٧ - الأستاذ عبدالمنعم البدرأوى فقرة ٣٠٤ (مع تحفظ في أن العلم بحق الارتفاق يحرم من التعويضات) . وأنظر عكس ذلك : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ و ٢٥٥ و ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٦ هامش رقم ٢ .

(٣) أنه إذا كان المدين المتزوج ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، وفضلاً عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراسي عليه المراد احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تخلى هذا الأخير بحسن نيته وادعاءه عدم علمه بوجود هذا الحق يكون غير منتج .

(جلسة ١٩٥٥/٤/١٤ مجموعة أحكام القس السنة ٦ ص ٩٦٩)

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ ص ٢٩٢ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٤٥ - الأستاذ عبدالفتاح =

٣٥٩ - الاتفاق على إسقاط الضمان : وقد يصل البائع إلى حد أن يشترط على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً^(١) ، فلا يكون البائع مسئولاً إذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا^(٢) أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان^(٣) على هذا النحو ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك (م ١/٤٤٦ مدني) . ولكن هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه؟

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدني على هذا السؤال ، أولاً ، بأن هذا الاتفاق

= عبدالباقي ص ٢٥٤ - ص ٢٥٥ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٦ هامش ٢ - الأستاذ عبدالمنعم البدرأوى فقرة ٣٠٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ - الأستاذ اسماعيل غام ص ١٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٣٥٩ ص ٣٥٨ - ومع ذلك إذا وجد شرط في البيع يقضي باحترام المشتري لحقوق الارتفاق الخفية ، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشتري . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدين المتزوج ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ، وفضلاً عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراسي عليه المراد احترام حقوق الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تخلى هذا الأخير بحسن نيته وادعاءه عدم علمه بوجود هذا الحق يكون غير منتج (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩) .

وفي القانون الفرنسي ، الذي هو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني كما قدمنا ، يذهب أكثر الفقهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشتري به ولا يسقط حقه في الرجوع بالضمان : لوران ٢٤ فقرة ٢٦٩ - جيوار ١ فقرة ٤١٠ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش ٥٥ - بودري وسينيا فقرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٣٩ - جوسران فقرة ١١٠٩ . وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ دالوز الانتقادي ١٩٤١ - ١٠٧) ، ولكن يذهب بعض الفقهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق يفرض علم المشتري ويسقط حقه في الضمان (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٦٠٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠١) . ويقول بعض آخر إنه مع التسليم جدلاً بأن حق الارتفاق المسجل يعتبر معلوماً من المشتري ولو لم يعلم به فعلاً ، فإنه يجب استثناء حالتين من هذه القاعدة : (١) حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص رب الأسرة ، فهذه لا تسجل . (٢) حق ارتفاق لم يسجل إلا بعد البيع وإن كان قد سجل قبل تسجيل البيع ، فإنه لا يكون معلوماً من المشتري ومع ذلك يكون نافذاً في حقه فيضمه البائع بالرغم من تسجيله (بيدان ١١ فقرة ١٩٨) .

(١) ويعتبر شرط إسقاط لضمان التعريض الصادر من الغير أن يشترط البائع أنه غير مسئول إلا عن التعرض الصادر عن شخصه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٦ .

(٣) المراد بعدم الضمان هنا هو إسقاط الضمان . وهذا بخلاف عبارة عدم الضمان الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني ، فإن المراد بها إنقاص الضمان لا إسقاطه (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

يكون باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي يعلم أنه موجود وقت البيع . فلا كان البائع يعلم مثلاً أن المبيع عليه حق ارتفاق خفي لعقار مجاور ، فيكتمه عمداً عن المشتري ، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلاقاً دون أن يذكر سبباً معيناً للاستحقاق ، ثم يجهن بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاق لم يعلمه المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمداً عن المشتري ، فإن البائع يضمن للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدني على هذا السؤال ، ثانياً ، بأنه إذا اشترط البائع إسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يتعمد البائع أخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري ، فإن البائع يقى مسؤولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (١) بالرغم من شرط إسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرد ، لا يعفى البائع إلا من المسؤولية عن التعويض ، أما المسؤولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط (٢) .

وتجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدني على هذا السؤال ، ثالثاً ، بأنه إذا أراد البائع - الذي لم يتعمد بطبيعة الحال أخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري - إعفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضاً من قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلا يكفي أن يشترط إسقاط الضمان ، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (٣) ، أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى

(١) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدني الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدني ، ويبدو أن الفوائد تدخل في التعويضات فأغفلها النص عمداً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدراوي ص ١٩٥ هامش ١) .

(٢) استئناف وطني ٢ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - وإذا كان الاستحقاق جزئياً ، ولم يكن جسيماً أو كان جسيماً ولكن المشتري اختار استبقاء المبيع ، فلا يسترد المشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، بل يسترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئي (الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٦٧ هامش ١) .

(٣) استئناف وطني ١٧ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٣٠٠ ص ٤٢٨ - استئناف مختلف ٢٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٥ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٩١ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٩٠ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٣٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٢٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٧ .

ويستوى أن يكون البائع نفسه عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق أو غير عالم بذلك (بودري وسنجا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧) .

ساقط الخيار أي عالماً بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه مخاطر (١) (١) . فسفى هاتين الحالتين - حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وحالة شرط إسقاط الضمان مع قبول المشتري البيع ساقط الخيار - يكون من الواضح أن البيع عقد احتمالي أقدم عليه المشتري محتملاً خطره ، وقد روعي ذلك بطبيعة الحال في تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك إذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسؤولاً نحو المشتري عن شيء (٢) . ولا يشترط في إعفاء البائع من الضمان على هذا النحو ألفاظ خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقترناً بعبارة أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار . بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً احتمالياً ، وأنه في حالة استحقاق المبيع لا يكون البائع مسؤولاً عن شيء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، كأن يذكر المشتري أنه

(١) استئناف وطني ١٢ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : «ويعتبر البائع غير مسئول عن رد شيء ما إذا صحب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو شراؤه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٦) - وقد كان هذا هو الحكم في عهد التقنين المدني السابق : استئناف مختلف ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٥ ص ١٤٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٥٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يدخل البائع خصماً في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الأجنبي حتى يتعاون معه في دفع الدعوى ، فإذا حكم للمشتري بالرغم من ذلك لم يكن للمشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع (١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥٣) . ويجب على كل حال ، في حالتي شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وشرط قبول المشتري الشراء ساقط الخيار ، أن يكون البائع حسن النية ، أي يكون قد أطلع المشتري على كل سبب يعلمه بحتم أن يكون مصدراً للاستحقاق (استئناف مختلف ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٣) .

(١) إذا كان ضمان الاستحقاق التزاماً شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بصدر حكم نهائي به ، ومن ثم فإن القول يبدأ سريان التقادم بالنسبة لهذا الضمان في ظل التقنين المدني الملغى من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند ، إذ أن حكم القانون في هذه المسألة واحد في التقنين القديم والقديم . (جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩ الطعن ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق ص ٢٣ ص ٢٦١) .

وينفس المعنى جلسة ١٩٦٦/٣/١٠ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ٥٦٤ . فإن مدة التقادم في دعوى الضمان تسرى من تاريخ المنارة في الملك . جلسة ١٩٣٣/٤/٢٨ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض ال ٢٥ عاما - ٨٢ - ٣٥٨) .

لا يرجع حتى بقيمة المبيع ، أو يذكر البائع أنه لا يرد شيئاً إطلاقاً ، أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكتفى المتبايعان بذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان (١) . ذلك أن شراء المشتري ساقط الخيار يفترض حتماً شرط إسقاط الضمان ، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض حتماً أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار (٢) .

المبحث الرابع ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف

٣٦٠ - خصوصية ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يتميز بمقومات ذاتية وخصوصية تجعله ليس تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فقد كان من الممكن الاستغناء عن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضمان والاكتفاء بتطبيق القواعد العامة إذا ظهر عيب خفي مؤثر في المبيع كان موجوداً وقت البيع ولم يكن المشتري عالماً به . فيقال عندئذ أن البائع لم يقم بتنفيذ التزاماته ، فمن المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشتري لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضاً حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذي أعد له المبيع . فظهور عيب خفي مؤثر في المبيع ، من شأنه أن يجعل

(١) بوردي وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٤ .

(٢) ولا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع ، دون أن يكون شرط بعدم الضمان (بوردي وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧ - ص ٤١٨) .

هذا وقد كانت المادة ٤٦٠ مرافعات السابق تنص على أن كل شرط في قائمة شروط البيع يقضى بعدم ضمان الاستحقاق أو بأن يكون المشتري ساقط الخيار لا يترتب عليه إلا الإعفاء من التضمينات لا من رد الثمن . فكان هذا النص يفارق الأحكام التي قدمناها من ناحيتين : (أولاً) شرط عدم ضمان الاستحقاق وحده لا يعفى من رد الثمن ، وإنما يعفى من رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق . (ثانياً) شراء المشتري ساقط الخيار كان من الواجب أن يعفى أيضاً من التضمينات . وظاهر أن نص تقنين المرافعات السابق لم ينسق مع نصوص التقنين المدني . ولكننا مع ذلك لا نرى مانعاً من القول ، مع الأستاذ عبدالمعزم البدرأوى (فقرة ٣٣١) ، بأن الأحكام الواردة في تقنين المرافعات السابق تسرى في العلاقة فيما بين الراسي عليه المزداد والدائنين (فيجوز للراسي عليه المزداد أن يرجع على الدائنين بالثمن على قاعدة الإنراء بلا سبب ، ولا يعفيهم شرط عدم الضمان أو إقرار المشتري أنه اشترى ساقط الخيار إلا من التضمينات) ، أما أحكام التقنين المدني فتبقى سارية فيما بين الراسي عليه المزداد والبائع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٥ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

البيع غير صالح للغرض الذي أعد له ، يكون إخلالاً بالتزام البائع ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع . بل يمكن القول أيضاً إنه ما دام هذا العيب المؤثر كان موجوداً وقت البيع وكان المشتري لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فإن للمشتري أن يطلب إبطال للبيع لغلط جوهرى في المبيع .

ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتميز عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال للغلط ، كما تميزت دعوى ضمان التعرض والاستحقاق عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال لوقوع البيع على ملك الغير . وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها ، وأنه يترتب عليها أحكام خاصة تستبعد فكرة الفسخ وفكرة الإبطال وتجعل التعويض فيها بعيداً عن أن يكون محض تطبيق للقواعد العامة . وسنرى أن من أبرز ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد (م ٤٥٤ مدني) ، وأنها تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢ مدني) . وسنقصد في آخر هذا المبحث موازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كالإبطال للغلط أو للتدليس والفسخ لعدم التنفيذ .

والسبب في تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ، كما رأينا ، يرجع في تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، إلى تقاليد تاريخية تمت بأوثق الصلات إلى القانون الروماني . فقد كان في روما موظفون في الدولة (Ediles curules) يعهد إليهم في ضبط المعاملات التي تقع في الأسواق العامة . فعنوا ، فيما عنوا به ، بالتعامل في الحيوان وفي الرقيق . فقد كانت العيوب فيها شائعة يسهل إخفاؤها ، وكانت الأذى تتناولها . فأوجبوا على البائع أن يعلن ما في المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشتري إذا عثر على عيب لم يكشف عنه البائع دعويين : (١) دعوى رد المبيع على البائع (actio redhibitoria-action redhibitoire-redhibere: reprendre) ، وهي دعوى جنائية يرد بها المشتري المبيع على البائع ويسترد منه ضعف الثمن الذي دفعه له . (٢) ودعوى أنقاص الثمن (actio aestimatoria, quanti minoris-action aestimatorie) ، وبها يسترد المشتري من البائع بعض الثمن الذي دفعه في مقابل العيب الذي كشفه إذا أراد استبقاء المبيع (١) . وكان المشتري بالخيار بين هاتين الدعويتين ، على أن يختار بينهما في مدة قصيرة بضع من شهور ، إذ كانت سرعة التداول في الحيوان تجعله ينتقل من يد إلى يد فيعسر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا ما في الحيوان من عيوب حتى يعلنوا بها المشتري ، هذا إلى الخشية من مزاعم المشتري لعيوب في المبيع يدعون وجودها بعد مدة طويلة فتعذر معرفة مصدرها . ثم امتد هذا الجزء من بيع الحيوان والرقيق

(١) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ - كولان وكايتان ٢ ص ٦١٤ .

إلى بيع السلع الأخرى ، حتى عمن في عهد جوستينيان ^(١) . فأصبح بذلك لضمان العيوب الخفية مقومات خاصة انتقلت من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة ^(٢) لمسايرتها لضرورات التعامل ، فالمدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان تستجيب لضرورة استقرار التعامل حتى لا يدعى المشتري العيب في المبيع بعد انقضاء وقت طويل يتعذر معه التعرف على مصدر العيب ، والخيار الذي أعطى للمشتري يستجيب لحالة ما إذا أراد المشتري استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه إنقاص الثمن ^(٣) .

٣٦١ - شمول ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الانتفاع ، وبخاصة إذا كان من عقود المعارضات . ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع إلى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشئ فيما أعد له ، ومن ثم يجب أن يضمن العيوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع .

ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسي الذي يلتزم فيه البائع بنقل الملكية والحيازة ، فقد وضعت فيه القواعد العامة لضمان العيوب الخفية ، وأشير إلى هذه القواعد في المقدم الأخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة به ، لا سيما في عقود التبرع حيث نقل الملكية أو الانتفاع دون عوض يكون من شأنه التخفيف إلى حد كبير من أحكام ضمان العيوب الخفية .

(١) ويقابل هذا الذي حدث في القانون الروماني ما يعرف في الفقه المالكي بالمعده ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كامناً في المبيع وقت أن كان في يد البائع ، فيحمل البائع عهده ويكون مسؤولاً عنه . قال ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦) : «أنفرد مالك بالقول بالمعده دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى المعده أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، وعهدة السنة وهي عن العيوب الثلاثة الجوز والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرهما من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري ، إلا من الأدواء الثلاثة . وهذه المعده عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أملاك البيوع في كل ما قصد منه المماكرة والمماكرة وكان يباعاً لا في الذمة . وهذا ما لا خلاف فيه في المذهب (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ٤ ص ٢٧٣ هامش ٢) .

(٢) فانتقلت - عدا التقنينين المصري والفرنسي - إلى التقنين الإيطالي القديم (م ١٥٠١ وما بعدها) وإلى التقنين الأسباني (م ١٤٨٦ وما بعدها) ، وإلى تقنين الالتزامات السويسري (م ١٩٧ وما بعدها) ، وإلى التقنين الألماني (م ٤٥٩ وما بعدها) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ - بلاتينول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٥ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٠ وقررة ٨٩٣ ص ٥٩٨ .

ففي عقد المقايضة نص بوجه عام على أن تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة (م ٤٨٥ مدني) . وفي عقد الشركة نص على أنه إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة إذا ظهر فيها عيب أو نقص ، أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسرى (م ٥١١ مدني) . وفي عقد القرض نص على ضمان العيب الخفي ، فميز بين القرض بأجروالقرض بغير أجر ، وعدلت الأحكام بما تقتضيه طبيعة كل نوع من هذين النوعين (م ٥٤١ مدني) . وفي عقد الإيجار تناولت النصوص العيوب الخفية على النحو الذي اتبع في عقد البيع ، مع إدخال ما تقتضيه طبيعة عقد الإيجار من تعديلات على أحكام الضمان (م ٥٧٦ - ٥٧٨ مدني) . وكذلك الأمر في عقد المقاولة ^(١) (م ٥٥١ - ٦٥٤ مدني) ، وفي عقد الهبة وهو عقد التبرع الرئيسي فانحصر ضمان العيوب الخفية في نطاق محدود اقتضته صفة التبرع (م ٤٩٥ مدني) ، وفي عقد العارية ^(٢) (م ٢/٦٣٨ مدني) .

٣٦٢ - المسائل التي يتناولها البحث : ونجى في بحث ضمان العيوب الخفية كما جربنا في بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه ، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف إلى ذلك تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية الأخرى .

١ - متى يقوم ضمان العيوب الخفية

٣٦٣ - مسائل أربع : ونجى هنا أيضاً على النحو الذي جربنا عليه في ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : (أ) العيوب الموجبة للضمان . (ب) المدين في الضمان . (ج) الدائن في الضمان . (د) البيع الذي ينشئ الضمان .

(١) أنظر في أن أحكام العيب الخفي الخاصة بالبيع لا تسرى في عقد الاستعانة إلا إذا اختلط البيع بهذا العقد : نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة الأحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣ .

(٢) أنظر تعليقاً لبلاتينول في دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ ، حيث يتشدد حكيمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ رفضاً لتطبيق أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في عقد البيع في حالة ظهور عيوب في أبواب لمبنى تعهد بإقامته مقاولون ومهندسون معماريون بدعوى أن العقد عقد مقاولة فلا تسرى عليه أحكام عقد البيع في العيوب الخفية .

ويذهب بلاتينول في هذا التعليق إلى وجوب سريان هذه الأحكام لا في عقد البيع فحسب ، بل أيضاً في كل العقود الأخرى إذا كانت عقود معاوضة نافذة للملكية (بلاتينول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٠ هامش ١) .

٣٦٤ أ - العيوب الموجبة للضمان - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون البائع ملزماً بضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ولو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

وتنص المادة ٤٤٨ على ما يأتي :

« لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٧ : ورد هذا النص في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٥٩٣ وفي المادة ٥٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ٥٩٣ : ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي قرر البائع أنها موجودة فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه ، حسب ما قصد إليه المشتري ، كما هو مبين في العقد ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو من الغرض الذي أعد له هذا الشيء . ٢ - ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن عالماً بوجوده . م ٥٩٤ : ١ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو التي عرفها عند الفرز إذا كان المبيع من المثليات . ٢ - وكذلك لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغى من العناية ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عن غش منه . وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة لأن الثانية تكمل ضرورة الأولى ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، وصارت المادة رقمها ٤٦٠ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب بعد تعديل لفظي . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ بعد تعديل لفظي آخر وبعد أن استبدل بعبارة « بما ينبغى من العناية » الواردة في الفقرة الثانية عبارة « بعناية الرجل العادي » أخذاً بالمعيار السام في العناية ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وأصبح رقمه ٤٤٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كمثل لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٩ و ص ١١١ - ص ١١٣) .

م ٤٤٨ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٣ الفقرة الثالثة من المشروع التمهيدى على وجه مماثل ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . واقتراح في لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة الثالثة من المادة ٥٩٣ لأنها تقرر حكماً مستقلاً ، فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح رقم النص المستقل المادة ٤٤٨ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٣ - ١١٤) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٨٧/٣١٣ و ٣٢٠ و ٣٩٥ و ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤١٥ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٦ - ٤٣٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٨ - ٥٥٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللباني المواد ٤٤٢ - ٤٤٥ و ٤٦٠ (٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري ، أو تجعل المبيع غير صالح لاستعمال فيما أعد له .

م ٣٩٥/٣٢٠ : لا وجه لضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشتري علماً حقيقياً .

م ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ : لا يكون العيب موجباً للضمان إلا إذا كان قديماً ، والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كان عيباً معيّن ، أو العيب الموجود في المبيع وقت تسليمه إذا لم يكن عيباً معيّن .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا بعضاً من الفروق أهمها ما بيته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (١) اتخذ التقنين الجديد معياراً مادياً في تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً ، أما التقنين المدني السابق فالمعيار فيه تارة مادي (عدم صلاحية المبيع لما أعد له) وطوراً ذاتي (نقص القيمة التي اعتبرها المشتري) . (٢) ينقص التقنين السابق أن يحدد معنى إخفاء العيب تحديداً كافياً ، أما التقنين الجديد فقد بين ذلك في وضوح . (٣) زاد التقنين الجديد بعض التفاصيل الهامة ، فذكر أنه يكفي لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ونص على أن العيب لا يكون مؤثراً إذا كان قد جرى العرف على التسامح فيه ، وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمد إخفاءه يجمعه ضماناً للعيب حتى لو لم يكن خفياً ما دام المشتري لا يعلمه : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١١ - يضاف إلى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو أن التقنين السابق اعتمد في وجود العيب بوقت البيع في العين المعينة بالذات ووقت التسليم في العين غير المعينة إلا بالسوء ، وهذا لا يصح إلا في قانون كالتقانون الفرنسي يجعل تبعاً تعيب المبيع قبل التسليم على المشتري لا على البائع ، أما حيث تكون تبعاً التعيب قبل التسليم على البائع كما في القانون المصري فالواجب ضمان البائع للعيب متى وجد قبل التسليم ولو في العين المعينة بالذات ، وهذا ما نص عليه صراحة التقنين الجديد) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٥ - ٤١٦ (مطابقان للمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٩٦ - فقرة ٢٠٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٦ - ٤٣٧ (مطابقان للمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٨ : ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بشمته المسعى . ٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخيرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان العالب في أمثال المبيع عدمه . ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .

ويخلص من هذه النصوص أن العيب في المبيع حتى يوجب الضمان يجب أن تتوفر فيه شروط أربعة : (١) أن يكون مؤثراً (٢) وأن يكون قديماً (٣) وأن يكون خفياً (٤) وأن يكون غير معلوم للمشتري (١).

٣٦٥ - (١) أن يكون العيب مؤثراً - والعيب المؤثر الموجب للضمان هو العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع ، فمعيار العيب هنا موضوعي محض (٢) . وتزداد موضوعية المعيار وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التي وصفتها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني ، فإن

= م ٥٩٩ : لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه وأنه فحص المبيع بما ينهني من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنين المصري والعراقي - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٥١ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٧٧ - فقرة ٥٠٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٢ : يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصاً محسوساً أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع . أما العيوب التي لا تنتقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً ، والعيوب المتسامح بها عرفاً ، فلا تستوجب الضمان . ويضمن البائع وجود الصفات التي ذكرها هو ، أو اشترط الشاري وجودها .

م ٤٤٣ : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأنمار ذات الغلاف اليابس ، فالبايع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المثل يوجب عليه هذا الضمان .

م ٤٤ : إذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبايع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المباعة . وإذا هلك أو ناله عيب ، فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه .

م ٤٤٥ : لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة بذاتها ، أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلياً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الوصف .

م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها إذا صرح البائع بحل المبيع منها .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنين المصري واللبناني).

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٠ ص ٩٢١ - والمشتري هو الذي يقع عليه عيب إثبات توافق هذه الشروط ، وهي كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ويدخل في ذلك البيئة والقرائن ، وبخاصة رأي الخبراء الفنيين (لورن ٢٤ فقرة ٢٨٦ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكرر ص ٨٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vice Réd فقرة ٩٠ - فقرة ٩٧ - الأستاذ عبدالمعتمد البدرأوى فقرة ٣٤١).

(٢) جوسران ٢ فقرة ١١١٩.

النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له (١) . فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية ، أو من نفعه المادي ، وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشيء دون أن ينقص من نفعه ، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة ولكن بها عيب خفي في المقاعد أو في الغطاء أو في غير ذلك من أجزائها مما لا يؤثر مطلقاً في صلاحيتها للسير والوفاء بجميع الأغراض المقصودة منها ، فإذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي . وقد ينقص العيب من نفع الشيء دون أن ينقص من قيمته ، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب خفي يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها لا تزال محتفظة بقيمتها المادة ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه القيمة . فإذا كانت المنفعة التي تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة (٢) ، كان له أن يرجع بضمان العيب الخفي . وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره أيضاً موضوعي محض ، ويستفاد من أمور ثلاثة بينها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني : ما هو مبين في العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذي أعد له (١).

فقد يحتاط المشتري ويبين في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ، فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع ، فإذا كان بالمبيع عيب خفي يخل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفي (٢) وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة في العقد هي المنافع المألوفة ، فقد

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : ويرجع في تقدير ذلك إلى معيار مادي فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أي الإرادة الظاهرة - وإلى طبيعة الشيء ، وإلى الغرض الذي أعد له - فيعتبر أن هناك عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠).

(٢) وقد تكون المنافع كمالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة (أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ١٨ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ مكررة ص ٨٢ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤٧٨).

(١) مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدني هو حالة حصول غلط في المبيع ، أي حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور ، ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفي أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاية معينة نافية للجهالة .

(جلمة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق م ١٣ ص ٨٠٨)

(٢) من المقرر في قضاء محكمة النقض أن العيب في المبيع يعتبر خفياً متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به كأن يتطلب خبره خاصة وفحصاً معيناً لا يتوافر في المشتري ، وكان العلم الذي يتفنى به -

يشترط المشتري على البائع منافع أخرى قصد إليها فكفلها له البائع في عقد البيع، كما إذا اشترط المشتري أن تكون السيارة المباعة يسهل عليها السير في الطرق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدرًا معينًا، فإذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان، ولو لم يكن خلل المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس، ما دام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات (١) (١).

= ضمان العيب هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي وهو ما لا يكفي للدلالة عليه مجرد اقرار المشتري في عقد البيع بمعانيته للمبيع المعينة الناقية للجهالة أو قلة ثمن المبيع.

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩ الطعن ١٦٧٤ لسنة ٥٤ م ٣٦ ص ٣٣٠)

(١) أنظر مع ذلك في التمييز بين العيب بمعنى الآفة الطارئة على المبيع وبين تخلف شرط كفالة البائع، وهو أن تخلف الشرط حالة مستقلة لا تعدو أن تكون أخلافاً بشرط في العقد ولكن المشرع أجرى عليها أحكام العيب الأستاذ منصور مصطفى منصور م ٢١٥ - ص ٢١٩.

(١) أ - لن كان الأصل أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان خفياً إلا أن المشرع استثناء من هذه القاعدة يجعل البائع ضامناً ولو كان العيب ظاهراً إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلل العين للمبيعة من العيب.

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن ٥١ لسنة ٣٣ ق م ١٨ ص ٢٦٤)

ب - متى كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه بفسخ البيع إلى وجود عيب خفي بالمبيع أكد البائع في العقد خلوه مما يعد إخلافاً بالتزامه بالألا يكون المبيع محملاً بتكليف أو مشوباً بعيب خفي وفقاً لمادة ١/١٥٧ من القانون المدني فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق م ١٣ ص ٨٠٨)

ج - مفاد نص المادة ٤٤٧ من القانون المدني أنه يتعين لكي تقوم مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في المبيع أن تكون هذه العيوب كامنة في مادة الشيء المباع ذاته وموجودة فيه وقت أن سلم المبيع من البائع وأن تنقص من قيمته بحسب الغرض الذي أعد له كما يلزم أن تكون خفية وهي تكون كذلك كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ المشار إليها إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ما لم يكن البائع قد أكد له خلل المبيع من هذا العيب أو تعمد إخفاءه غشاً منه.

(جلسة ٢٠٠٠/٤/٢٧ الطعن ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق)

د - تمسك الطاعن بعدم علمه بالعيب في العين المباعة إلا بصدر اللجنة الهندسية لمجلس المدينة بتصدع العقار لعيب يرجع إلى سوء صنعة البناء تعمد البائع إخفاء ثمنهما ما يحق له حبس باقي الثمن المتفق عليه. دفاع جوهرى. التفات الحكم المطعون عليه عن بحثه على قالة أنه أقام دعواه بعد مرور سنة من تاريخ تسلمه المبيع حال أنه لا تلازم حتمى بين تسليم المبيع للمشتري وسقوط حق ضمان العيب. خطأ وقصور.

(جلسة ١٩٩٨/٣/١٥ الطعن ٥٨٥ لسنة ٦٧ ق)

. وهذا ما يدعى في الفقه الإسلامى بخيار فوات الوصف المرغوب فيه، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى حيث قالت: «إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه». وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري مذكورة صراحة في عقد البيع، بل يكفي ذكرها ضمناً، فالبيع بالعينة (échantillon) أو البيع طبقاً لنموذج (type) مفروض فيه أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو للنموذج، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان، ويرجع وجود العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج (١).

فإذا لم يذكر المتبايعان شيئاً - لا صراحة ولا ضمناً - عن المنافع المقصودة من المبيع، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشيء. فإذا كان المبيع دار للسكنى، أمليت طبيعتها الأغراض المقصودة منها، فإذا كان بها عيب يخل بشئ من هذه الأغراض أخلافاً محسوساً رجع المشتري على البائع بالضمان. وإذا كان المبيع أرضاً زراعية، فإن طبيعتها تحدد المنافع المقصودة منها، فلا يشترط أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية، فإذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان. وإذا كان المبيع متجرراً، فطبيعته أيضاً تحدد المنافع المقصودة منه، ولا يكون المتجر صالحاً للغرض الذى أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً في مكانه، فإذا تبين أن إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر مشوب بعيب وطلب المالك إبطاله، كان هذا عيباً خفياً في المتجر يوجب الضمان (٢). وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكفولاً برهن، وكشف المشتري المحال له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم

(١) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٣ - وقارن استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٨٥.

ونرى من ذلك أن العبرة في العيب المؤثر بالغرض الذى أعد له المبيع، ويستفاد هذا الغرض من اتفاق المتعاقدين. وليس المقصود أن يعتد، في تقدير العيب المؤثر، بالصفات الجوهرية التي دخلت في اعتبار المتعاقدين كما هي الحال في الغلط، فهذا معيار ذاتي ويتمشى مع فكرة الغلط. فلو أن الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار أحد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقدين الآخر، بل كان هذا يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقدين الأول، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية - وهي أمر نفسى - معتدلاً بها في الغلط ويكون العقد قابلاً للإبطال. أما في العيب المؤثر بالغرض الذى يستفاد من العقد يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ولا يكفي أن يكون هو غرض المشتري وحده ولو علمه البائع ولكن لم يتفق معه عليه، فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى (قارن الأستاذ جميع الشراوى ص ٢٧٥ هامش ١).

(٢) ولكن لا يعتبر عيباً مؤثراً، في بيع صيدلية، أن يجد المشتري بعض الديون التي للصيدلية في ذمة الغير مسددة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلاً في الحزاة، لا سيما إذا ثبت أن البائع، وهو وارث صاحب الصيدلية، لا علم له بصورية هذا السداد وأنه عند حساب الثمن قد اقتطع نسبة معينة من إيراد الصيدلية في نظير مصروفات التحصيل والحصائر (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٣).

يجدد ، كان هذا عيباً خفياً في المبيع يتلاءم مع طبيعته . فطبيعة الشيء إذن هي التي تنقل
المنافع المقصودة منه ، وهي التي تحدد العيوب التي تخل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع شيئاً
مادياً كانت العيوب مادية ترجع إلى طبيعة المبيع ، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً
إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً (١) .

وقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذي أعد له هذا الشيء ، يرجع إلى هذا الغرض
لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التي تخل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع فرساً
حدده طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فإذا كان الفرس معداً للسباق واشترته
المشتري على هذا الاعتبار ، فإن الغرض الذي أعد له الفرس يخصص المنافع المقصودة منه
وهي أن يكون صالحاً للسباق . فإذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيباً خفياً موجباً
للضمان ، ولو كان الفرس صالحاً لجميع الأغراض الأخرى . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية
أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضاً
بالغرض الذي أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فإذا لم تكن الأرض صالحة
لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيباً ضمنياً موجباً للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة
للمحصولات الأخرى .

وتقرر المادة ٤٤٨ مدني ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على
التسامح فيه . فقد يكون العيب مؤثراً على النحو الذي سبق بيانه ، ولكن العرف في التعامل
جرى على عدم اعتباره عيباً ، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان . وقد جرى العرف
على التسامح في بعض عيوب القمح من ناحية احتمالها على كمية مأكوفة من الأثرية (٢) ،
وفي بعض عيوب القطن إذ للقطن مراتب متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فمتى
استوفى القطن شروط المرتبة التي ينتمي إليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة
يكون متسامحاً فيه عرفاً ولا يوجب الضمان (٣) .

(١) فالبدور التي يتبين أنها لم تنتج تكون مشوبة بعيب خفي ، وقد يتبين ذلك من مضاهاة الأراضي
الزراعية المجاورة التي أنتجت فيها بذور من نوع آخر وقد غرست في جميع الأراضي على نمط واحد
(بودري وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة رابعا) . ويعتبر عيباً خفياً في السندات أن يتبين أنها استهلكت قبل
شراؤها ، أو أن الشركة التي أصدرتها باطلة أو صفيت (بودري وسينيا فقرة ٤٢٦ وفقرة ٤٣٩ مكررة ،
وقارن الأستاذ عدل المنعم البدراني فقرة ٥١٥) ، وفي المتجر أنه محبت رخصته (الأستاذ محمد إمام ص
٣٨٠) أو ساءت سمعته (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٣٩٧ هامش ١) . وإذا كان
المبيع بضاعة يشوبها عيب في الصفة وجب الضمان (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص
٣٤٧) وإذا كان المبيع ورق سجائر لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان
(استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٤) .

(٢) ووجود بعض مواد غريبة في حب السمسم لا يكون عيباً مؤثراً إذا كان مما يتسامح فيه عرفاً (استئناف
مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٦) .

(٣) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللساني مثلاً للعيب الذي يحدد العرف متى يكون عيباً موجباً =

٣٦٦ - (٢) يجب أن يكون العيب قديماً : ولا يكفي العيب أن يكون مؤثراً ، بل
يجب أيضاً أن يكون قديماً . والمقصود بقدم العيب أن يكون موجوداً في المبيع وقت أن
يتسلمه المشتري من البائع . ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت البيع وبقي إلى وقت
التسليم ، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه . وإما أن
يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقي إلى وقت التسليم ، فيكون أيضاً
موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه (١) .

وغنى عن البيان أن العيب الخفي يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان
المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذي يعتد به في وجود
العيب الخفي هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضاً لأن الشيء غير المعين بالذات
وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً به في هذا الوقت ، وإنما يتصور لحوق العيب به
وقت أن تتعين ذاكته ، ولا يكون ذلك إلا بالإفراز الذي يقع عادة وقت التسليم . على أنه
إذا تراخى التسليم عن الإفراز ولم يكن بالمبيع عيب خفي وقت إفرازه ، ثم لحقه العيب في
الفترة ما بين الإفراز والتسليم ، فإن البائع يكون مسئولاً في هذه الحالة عن ضمان هذا
العيب .

ويخلص مما تقدم أن العيب الخفي يجب أن يكون موجوداً دائماً وقت تسليم المبيع
للمشتري ، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع (٢) . ما إذا حدث العيب بالمبيع بعد أن تسلمه
المشتري ، فإن البائع لا يكون ضامناً له ، ويتحمل المشتري تبعته أو يرجع على من عسى أن
يكون مسئولاً عن إحداثه .

= للضمان ومتى يكون متسامحاً فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتي : « أما إذا كان
المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الغلاف الهامس ، فالبائع لا
يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المحلي يوجب عليه هذا الضمان (انظر آفة
فقرة ٣٦٤ في الهامش) . فالبطيخ والشمام والجوز واللوز والبندق ونحو ذلك يحدد العرف متى يكون
العيب متسامحاً فيه ومتى يكون العيب موجباً للضمان . »

(١) والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المبيع قد لحقه عيب خفي في الفترة ما بين البيع والتسليم ، وأ
المشتري حين تسلم المبيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب خفياً ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه
بهذا الاعتبار (قارن الأستاذ مصطفى منصور ص ١٩٤ - ص ١٩٦) . أما إذا لحق المبيع بعد البيع وقد
التسليم عيب ظاهر ، فالبائع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية الذي نحن بصدد
إذ العيب ظاهر وليس بخفي ، وإنما هو تحمل لتبعة هلاك المبيع أو تعييه قبل التسليم ، وهي تب
يتحملها البائع كما سبق القول .

(٢) قارن مع ذلك ما جاء المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ... أن يكون هذا العيب موجوداً وقت
البيع : وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) ، وقارن آية
المادة ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ من التقنين المدني السابق ، وهي تنص على أن المراد بالعيب القديم العيب
الموجود وقت البيع في المبيع إذا كانت عيباً معينة (انظر آفاً فقرة ٣٦٤ في الهامش) .

وقد يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم . فإذا كان المبيع حيواناً مثلاً ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو «ميكروب» المرض قبل أن يتسلمه المشتري ، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمه . فإذا أمكن المشتري أن يثبت ذلك ، فإن العيب الذي يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالغلل أو بالخشب جزء تسوس قبل التسليم ، ثم ينتشر السوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

٣٦٧ - (٣) يجب أن يكون العيب خفياً : ولا يكفي أن يكون العيب مؤثراً وقديماً ، بل يجب أن يكون خفياً (caché) ، فإذا كان العيب ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري ولم يعترض بل رضى أن يتسلمه ، فإن البائع لا يضمنه ، لأن المشتري وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاء وأسقط حقه في التمسك بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدني ، إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يتبينها بنفسه أو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، ما لم يكن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه (١) .

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرمي ص ٣٣٨ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ - الأستاذ عبدالمنعم البدرأوى فقرة ٢٢٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة في الفقه الاسلامي ، في مذهب الشافعي ، مختلف فيها . جاء في المذهب : وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عبداً فسرقت أو قطع يداً قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

أما في فرنسا فالفقه والقضاء متفقان على أنه يعتد بوقت وجود السبب المباشر للعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعد ذلك (نقض فرنسي ٨ مارس سنة ١٩٨٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٠٤ - بودري وسينيا فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣١) .

وإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشتري ، وإلا وزعت المسؤولية بين البائع والمشتري وفقاً لقواعد الخطأ المشترك (م ٢١٦ مدني) : انظر الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقى ص ٢٦٩ - ٢٧٠ .

(١) يعتبر العيب خفياً متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصاً معيناً ، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت - في استخلاص سائق - من فهم الواقع في الدعوى وجود عيب خفي في المبيع هو وقوعه داخل خط =

ونرى من ذلك ، أن العيب لا يكون خفياً ، فلا يضمنه البائع ، في الحالتين الآتيتين :
(أولاً) إذا كان ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري فرضى به ، فيكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانياً) إذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يتبين العيب بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي (٢) ، فيكون من المفروض عندئذ أن المشتري قد فحصه فعلاً بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض ، فيكون سكوته نزولاً عن حقه . ولا يقبل من المشتري في هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلاً ولم يتبين وجود العيب ، فإن كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادي ، فإذا لم يفعل كان مقصراً ، وهو الذي يحمل تبعة تقصيره . ومن ثم يكون إمكان تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادي قرينة على أن المشتري قد تبين فعلاً وجود العيب عن التسليم (٣) ، وهي قرينة غير قابلة لإثبات العكس إلا بطريقتين معينتين سيأتي ذكرهما فيما يلي :

- ويكون العيب خفياً ، فيضمنه البائع ، في الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا لم يكن العيب وقت تسلم المشتري للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي (١) . وهذا معناه أن العيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير متخصص ، كما إذا اقتضى تبين العيب الالتجاء إلى وسائل فنية ليست في مقدور الشخص العادي ، أو احتاج إلى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليلاً

= التنظيم من قبل حصول البيع وأن المشتري لم يتبين وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته وأنها لم يكن في استطاعتها أن يتبينها بأنفسهما وقت الشراء لو بدلا عناية الرجل المعتاد - وأنها لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء وخاصة وقد أكد البائع خلو المقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة فإن ما انتهت إليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق م ١٣ ص ٨٠٨) .

(١) وكون المبيع ليس له ممتلك للطريق العام يعتبر عيباً ظاهراً (استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . وإذا كان تلف الأرض المبيعة أثباتاً من فيضان ظاهر ، فالعيب لا يكون خفياً (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤) .

(٢) استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٨٧ - استئناف مختلط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٨ .

(٣) استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ - ٢٧٩ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ .

(١) ما دام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذي لحق المبيع كان خفياً فإنه إذا ألقي على البائع عبء إثبات أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له إثبات ذلك بكافة الطرق وإذا ألزم البائع بضمحان هذا العيب بعد أن عجز عن إثبات هذا العلم فإن الحكم لا يكون مخالفاً للقانون ذلك -

كيميائياً ، أو نحو ذلك ^(١) من الأبحاث التي لا يلجأ إليها الناس عادة في المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادي ^(٢) . أما إذا أمكن تبين العيب بعناية الرجل العادي ، لم يكن عيباً خفياً موجباً للضمان ^(٣) كما سبق القول ، حتى لو كان المشتري بالذات لم يستطع أن يتبين العيب لنقص في خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية ^(٤) . فإنه يحمل في هذه الحالة مسئولية تقصيره في الالتجاء إلى من يستدرأه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجباً عليه نظراً لنقص خبرته ^(٥) .

(ثانياً) إذا كان المشتري ، بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تبينه بالتقصير المعتاد ، أثبت من جهته أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد له خلوه المبيع من العيب

= أنه متى كان العيب خفياً فيفترض أن المشتري لا يعلم به فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فليعلم هو عبء الباث أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع .

(جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠ الطعن ٣٨٤ لسنة ٣٣ ق س ١٧ ص ١٥٥٢)

(١) كحفر الأساس لاختبار متانة البناء (استئناف مخطط ٢١ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٦) .

(٢) كعميوب في السيارة أو في الآلات الميكانيكية التي لا يمكن كشفها إلا بعد استعمال الشيء مدة غير قصيرة (بلانيول وريسير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ ص ١٤٦) ، وككثرة الأملاح في الأرض الزراعية أو ضعف قوة الحريق الناتج من الفحم (الأستاذ محمد علي امام ص ٣٧٩) ، وكضعف احتمال التحلل (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٥) .

(٣) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٧ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٥ .

(٤) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١ ص ١ .

(٥) بودري وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلانيول وريسير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٢ - الأستاذ محمد علي امام ص ٣٧٩ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي ص ٢٧١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ٣٩٧ هامش ٢ .

فإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، لم يصح للمشتري أن يتمسك بعيوب في الأرض يستطيع أن يتبينها الشخص الخبير خيرة مألوفة بالأراضي الزراعية ولم يتبينها هو لنقص خبرته . وإذا كان المبيع بناء ، لم يصح أن يتمسك بعيوب في البناء يستطيع أن يتبينها المهندس المعماري عن طريق الفحص المتاح المألوف (بودري وسينيا فقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلانيول وريسير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠) وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة ، بل معياراً متعيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمور . فإذا ما أثبت الحكم أنه عدم إثبات البذر التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري ، وهو عمدة وخبير كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري ، فإنه لا يكون قد عالج القانون (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٠ - أنظر أيضاً اختلاف مخطط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٤) .

المعين الذي وجد بعد ذلك بالمبيع ، وإما أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه . ففي الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشتري خلوه المبيع من العيب ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمني بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر بالمبيع . وعند ذلك لا يكلف المشتري نفسه مؤونة فحص المبيع ولو بعناية الرجل المعتاد ، مطمئناً إلى تأكيد البائع ، ومعتمداً في كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر في المبيع رجع عليه بالضمان . ويبدو من ذلك أنه لا يكفي أن يؤكد البائع للمشتري خلوه المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلوه المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات (١) . وفي الأمر الثاني ، وقد تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب في هذا الفرض خفياً ولو أنه كان يستطاع تبينه بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١) .

بقي بعد ذلك أن نفرض أن العيب كان ظاهراً ، أو كان غير ظاهر ولكن يمكن تبينه (٢) ، أو كان لا يستطيع أن يحسب لو أنه فحص المبيع فتبين أنه يخل بمنفعة من

(١) مثل ذلك وضع نوع خاص من البنزين في السيارة عند تجربتها بقصد إخفاء عيب في محركها ، أو بيع آلة مكسورة بعد لحماها ودهانها بطلاء يخفي عيوبها (الأستاذ محمد علي امام ص ٣٨٠) .

(٢) ضمان البائع للمشتري في اغلال المبيع قدراً معيناً من الربيع يعتبر كفالة من المشتري لصفه في المبيع بما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدني بقولها «يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفلها للمشتري وجودها فيه» وتختلف الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع وإن لم يكن عيباً في المبيع بمعناه التقليدي الدقيق لأن العيب الخفي كما عرفته محكمة النقض هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، إلا أنه وقد الحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفي وأجرى عليها أحكامه فيما يخص بقواعد الضمان ، فإن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف صفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ، ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أغل بالالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان ، وإذا كان القانون قد اشترط في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون مؤثراً وخفياً إلا أنه لم يشترط ذلك في حالة تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع ، فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة في المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره وذلك أياً كانت أهمية الصفة التي تخلفت وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع تبينها أو لا يستطيع .

(جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ١٣٤٥)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٩٧)

(جلسة ١٩٦٩/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٧٩٦)

(٢) العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدرك النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة بل معياراً -

المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب أنه أمر غير ذى بال ، ثم ظهر بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بمنفعة من المنافع المقصودة ويجعل المبيع غير صالح صلاحية كاملة للفرض الذى اشتراه من أجله . فهل يكون علم المشتري بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به مسقطاً للضمان ؟ يبدو أنه لا يكفى ظهور العيب أو إمكان ظهوره بالفحص المعتاد حتى يفترض أن المشتري قد رضى به ما دام لم يعترض ، بل يجب فرق ذلك أن يكون المشتري وقت أن سكت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يخل بالمنافع المقصودة من المبيع ، ولكن المشتري هو الذى يحمل عبء الإثبات ، فإذا سكت عن العيب افترض رضاه به ، إلا إذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت فى الوقت ذاته أن الشخص العادى لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١) .

٣٦٨ - (٤) يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري : وحتى لو كان العيب خفياً على النحو الذى بيناه ، فإنه لا يكون عيباً موجباً للضمان إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفاؤه . فإن علم المشتري بالعيب وسكوته عليه يعد رضاه منه به ، ونزولاً عن حقه فى الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدنى فيما رأينا : ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع .

وما دام العيب خفياً ، فالمفروض أن المشتري لا يعلم به ، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم به وقت التسليم (٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن (٣) .

= متعينا بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمور ، فإذا ما أثبت الحكم أن علم إثبات البذور التى هى محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري - وهو عمدة ومن كبار الزراعين لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عنه ورودها إليه ، لم يخلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً أو أسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري فإنه لا يكون قد خالف القانون . (جلسة ١٩٤٧/١٢/٤ طعن ١٠٢ لسنة ١٦ ق)

(١) بلاتويل وريير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ - ص ١٤٦ - ص ١٤٧ .

(٢) بلاتويل وريير وهامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

(٣) إذا كان العيب من الذبوع والانتشار بحيث يكون من المعقول أن المشتري يتوقع أنه يلحق المبيع ، فالمفروض أن المشتري يعلم بمثل هذا العيب ، ويكون عليه هو عبء إثبات أنه كان يجهله . ويحسن إذن فى هذه الحالة أن يشترط المشتري على البائع ضمان مثل هذا العيب إذا أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض فى الأشياء المستعملة إذا بيعت أنها لا تحلو من العيوب المألوفة فى الأشياء القديمة ، فإذا ادعى المشتري أنه لم يكن يعلم ببيع من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء إثبات ذلك ، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . على أن هذا مقصور على العيوب المألوفة فى الأشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعليه الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشتري (بودرى وسينيا فقرة =

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به ، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود فى المبيع وقت البيع يجب إذن ، حتى يضمنه البائع ، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه فى أى وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً . أما العيب الذى حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم ، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١) (١) .

= ٤٢٠ - بلاتويل وريير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢ .

وتترتب على ما تقدم أن المشتري مفروض فيه أن يعلم أن مستأجر الدار له الحق فى طلب انقاص الأجرة إلى الحد القانونى الذى يسمح به قانون إيجار الأماكن ، فلا يستطيع أن يحتج بذلك على البائع إلا إذا أثبت أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد على الحد القانونى أو إذا حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة (بلاتويل وريير وهامل ١٠ ص ١٤٨ هامش رقم ١) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٢ هامش رقم ١ - والعلم الواجب إثباته يجب أن يكون علماً يقينياً لا علم على سبيل الحدس . وقد قضت محكمة النقض فى شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن العلم المراد للشارع فى المادة ٣٢٤ مدنى (٤٥٢ مدنى جديد) هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت مما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً ، عند تحريره خطاباً للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التضمينات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير تحرير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى ينم عنه خطابه الذى أرسله للبائع لم يكن علماً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٢ ص ٦٦٥) . وقضت استئناف مصر بأن مجرد الظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علماً موجباً لسقوط الضمان (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ الحامدة ١٣ رقم ٣٧ ص ٢٩٤) .

(١) أ - العلم المسقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى ، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بذاته على علم المشتري بهذا العيب .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق ص ١٣ ص ٨٠٨)

ينفس المعنى ١٩٥٣/١٢/٢٤ ، ١٩٣٥/٣/٢٨ مجموعة القواعد القانونية التى قررته محكمة النقض فى الـ ٢٥ عاما قاعدة ٢٩٧ ، قاعدة ٩٨ ص ٣٦٠

ب - دعوى المشتري بمطالبة البائعين بتعويض الأضرار التى لحقت نتيجة إخلالهم بالتزاماتهم التعاقدية الناشئة عن عقد البيع من وجوب توفير مياه الرى بالكمية والضغط اللازمين لتشغيل أجهزة الرى المجرى . أساسها الأحكام العامة للمسئولية العقدية . عدم اعتبارها دعوى بضمان العيوب الخفية -

ولما كان جهل المشتري للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان ، فانه يغلب أن يكون المشتري ، وقد جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع في غلط جوهري ، فتتلاقى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويكون للمشتري أن يختار بين الدعويتين . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند تمييز دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط .

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في الضمان ، فيضمن البائع العيب إذا كان المشتري غير عالم به ولا يضمنه إذا جهله ، فان علم البائع بالعيب لا أثر له في مبدأ الضمان . فالبايع يضمن العيب ، سواء كان عالماً به أو غير عالم . وتنص العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ صراحة على هذا الحكم إذ تقول : «ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده» . ولكن علم البائع بالعيب أو جهله به يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإسقاط على النحو الذي سنفصله فيما يلي . وقد يؤثر أيضاً في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي ، وفي إطالة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترن العلم بالغش .

٣٦٩ - (ب) - المدين في ضمان العيوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام : المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع . ولا يتقل التزامه إلى وارثه ، بل يبقى هذا الالتزام ديناً في الشركة . فإذا مات البائع ، رجع المشتري بضممان العيب الخفي ، لا على الورثة ، بل على الشركة ذاتها ، فإذا ما تقاضى منها التعويض المستحق ، أخذ الورثة ما بقي من الشركة بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضممان العيب الخفي .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية إلى خلف البائع الخاص في العين المبيعة . ويتحمل دائن البائع التزام البائع بضممان العيوب الخفية على الوجه المقرر في القواعد العامة ، ذلك أن المشتري يصبح هو أيضاً دائناً للبائع بضممان العيوب الخفية ، فيشارك سائر دائني البائع مشاركة الغرماء .

ويكون كفيل البائع ملزماً مثله بضممان العيوب الخفية . ويجوز للمشتري أن يرجع عليه بهذا الضمان طبقاً للقواعد المقررة في الكفالة .

ودعوى ضمان العيوب الخفية ، وهي في صورتها تنتهي إلى تعويض كما سنرى ، قابلة للانقسام^(١) . فإذا باع شخصان عيماً شائعة بينهما ، كان للمشتري أن يرجع بضممان

= أثرا تقادما بمضى خمس عشرة سنة . قضاء الحكم المطعون فيه باعتبارها دعوى بضممان العيوب الخفية وتقادما طبقاً للمادة ٤٥٢ مدني خطأ .

(جلسة ٢٧/٤/٢٠٠٠ الطعن ٦٨٢٦ لسة ٦٢ ق)

(١) بودري وسيكيا فقرة ٤٤٠ مكررة - أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd فقرة ٨٥ .

العيب على البائعين كل بقدر نصيبه في المبيع ، ولا يجوز له أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق القول . ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال ما إذا كان البائعان قد تضامنا في التزامهما نحو المشتري ، فيرجع المشتري عندئذ على أى منهما بضممان العيوب طبقاً للقواعد المقررة في التضامن .

٣٧٠ - (ج) - الدائن في ضمان العيوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام : الدائن في ضمان العيوب الخفية هو المشتري . ويتقل حقه إلى الوارث ، فلو مات المشتري جاز لورثته الرجوع بضممان العيب على البائع كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه في العين ، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ، فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتى لا تتفرق عليه الصفقة^(١) .

ويتقل حق المشتري أيضاً إلى خلفه الخاص ، فلو أن المشتري باع العين المعيبة إلى مشتر ثان ، كان لهذا المشتري الثاني - وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في العين - أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع ، ذلك أن هذه الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني^(٢) . ومن ثم يكون للمشتري الثاني ، لضممان العيوب الخفية ، دعاوى ثلاث : (١) دعواه الشخصية ضد المشتري الأول بضممان العيب الخفي ، وهي الدعوى التي استمدها من عقد البيع الثاني الذي أبرم بينه وبين المشتري الأول ، ومدة التقادم فيها تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشتري الأول . (٢) الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول على البائع ، ويشارك معه فيها سائر دائني المشتري الأول ، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . (٣) الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الأول نفسها ضد البائع بضممان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري الأول ، وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة في أنه لا يزاحم فيها المشتري الثاني سائر دائني المشتري الأول ، وتتفق معها في أن مدة التقادم تسرى من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضاً بأنها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضممان العيب على المشتري الأول ، كأن كان هذا المشتري قد اشترط عدم الضمان . ويلاحظ أن المشتري الثاني إذا رفع دعواه الشخصية في الضمان على المشتري الأول - وهي الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث - جاز للمشتري الأول أن يدخل البائع ضامناً في هذه الدعوى .

(١) بودري وسيكيا فقرة ٤٤٠ مكررة - قارن أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd فقرة ٨٥ .

(٢) بودري ورو • فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٧ .

والمفروض طبعاً في كل ما قدمناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشتري الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامناً هذا العيب لكل من المشتري الأول والمشتري الثاني (١).

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشتري دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة.

٣٧١ - (د) البيع الذي ينشئ ضمان العيوب الخفية : نص قانوني : تنص المادة ٤٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد (٢) والسبب في ذلك ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أن البيع بالمزاد ، سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة ، قد أعلن عنه ، وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين (٣) ».

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٨ - وكذلك المفروض أن العيب قد ظل خفياً على للمشتري الثاني. فلو أن المشتري الثاني قد كشفه قبل تسلم المبيع وسكت ، لم يكن له الرجوع بضمن العيب لا على المشتري الأول ولا على البائع (بودري وسينيا فقرة ٤٣٢ - الأستاذ محمد علي أمام ص ٣٨٨). هذا (٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه على التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ١٢٩).

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٠٥/٣٢٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « لا تسمح دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد والحكم متفق مع حكم التقنين الجديد ».

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٢ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري). وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة (٢٠٧).

التقنين المدني الليبي م ٤٤٣ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري). والتقنين المدني العراقي م ٥٦٩ : لا تسمح دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدنوف فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٤ - فقرة ٥٣٧).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٦٤ - لارجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجرئها البيوع القضائية (ولم يذكر التقنين اللبناني البيوع الإدارية بالمزاد). (٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٩.

ثم لا ضمان للعيب في البيوع التي يتحتم أجزائها قضاء عن طريق المزاد ، كببيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته ، وكبيع أموال القاصر والمحجور في المزداد . وكذلك لا ضمان للعيب في البيوع التي تجرئها الإدارة بالمزاد ، لاقتضاء الضرائب مثلاً . وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان العيب ، يقوم في كل هذه البيوع .

أما البيوع الاختيارية ، حتى لو أجريت بطريق المزاد كببيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها (licitation) ، فيقوم فيها ضمان العيب (١) .

وفيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد ، يقوم ضمان العيب في أي بيع آخر ، يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل . ويستوى كذلك أن يكون محل البيع عقاراً (٢) أو منقولاً (٣) ، شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (٤) . كما يجوز للشفيع - وقد حل محل المشتري - أن يرجع بضمن العيب على البائع . ويجوز أن يرجع بضمن العيب أيضاً المسترد لحصة شائعة في منقول باعها شريك في الشيوع لأجنبي (٥) م ٨٣٣ مدني (٥) .

٢ - ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية

٣٧٢ - دعوى الضمان وما يسبقها من أخطار - إذا وجد بالمبيع عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وجب على المشتري المبادرة إلى أخطار البائع به ، ثم له بعد ذلك :

(١) بودري وسينيا فقرة ٤٣١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ، فقرة ٢٤٧٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٢٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٢ - الأستاذ محمد علي أمام فقرة ٢٢٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٠ .

(٢) فيقوم ضمان العيب في البناء ، وفي الأرض الفضاء ، وفي الأرض الزراعية ، وفي غير ذلك من العقارات .

(٣) فيقوم ضمان العيب في الأغذية ، والحيوانات ، والحبوب والمحصولات المختلفة ، والمشروبات المتنوعة ، وفي غير ذلك من المنقولات .

(٤) فيقوم ضمان العيب في المتاجر ، والأسهم والسندات ، والحقوق الشخصية ، وفي غير ذلك من الأشياء غير المادة (أنظر بودري وسينيا فقرة ٢٢٦ - فقرة ٤٣٠) .

(٥) وقضت محكمة النقض بأن أحكام العيب الخفي في باب البيع لا تنطبق في عقد المعاولة غير المختلط بالبيع ، وهو العقد الذي يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣) . أنظر في هذه المسألة تعليق بلانيول في دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ على حكيمين صادرين من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ قضيا بنقض المبدأ (أنفاً فقرة ٣٦١ في الهامش) .

أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم .
فتبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) أخطار البائع بالعييب (٢) دعوى الضمان (٣) سقوطها بالتقادم .

٣٧٣ - أخطار البائع بالعييب - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

١- إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف في التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .

٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد لم يكشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطره به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب^(١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٥ من المشروع التمهيدى ، وكان هذا المشروع يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : «على أنه إذا تعمد البائع تضليل المشتري ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعييب في الوقت الملائم» . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، واستبدل بعبارة «وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه» في الفقرة الأولى عبارة «وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة» ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقمه ٤٦٢ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - ص ١١٧) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وقد كان هذا التقنين بدلاً من الإخطار بجعل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جداً ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعييب .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى

التقنين المدني السوري م ٤١٧ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٨ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٠ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصرى) - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٦ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢٢ - فقرة ٥٣٣ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٤٦ : إذا كان المبيع من متقلات غير الحيوانات ، وجب على المشتري أن ينظر في حالة المبيع على أثر استلامه ، وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التي تلى الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه ، وإلا فالمبيع يعد مقبولاً ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بفحص عادي أو تكن هناك موانع لا علاقة لها بمشيشة المشتري حالت دون النظر في حالة المبيع . وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها ، وإلا عد المبيع مقبولاً ، غير أنه لا يحق للبائع السئ النية أن يتذرع بهذا الحكم الأخير .

ويخلص من هذا النص أن المشتري تجب عليه المبادرة بإخطار البائع بالعييب عند كشفه . والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفى قائمة على عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان ، لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً ، وقد تتعذر معرفة منشأه وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده ، فيفتح باب المنازعات ويتسع المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشتري فقد يدعى بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيباً كان موجوداً عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء تكملة للرجوع في الصفقة . فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع ، أوجب المشرع على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعييب بمجرد كشفه ، ثم جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة ، فهي سنة واحدة من وقت تسلم المشتري للمبيع كما سرى . وبهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز دعوى ضمان العيب الخفى عن غيرها من الدعاوى التي تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ .

على أنه إذا تسلم المشتري المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب في حكم الظاهر مما يتمكن من تبينه بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد التسليم قابلاً بالعييب . فقد أعطى مهلة ،

م ٤٤٧ : يجب على المشتري بلا إبطاء أن يطلب بعريضة معانة المبيع بواسطة خبير يعينه رئيس المحكمة ذات الصلاحية . وإذا لم تجر المعانة بمقتضى الأصول ، فعلى المشتري أن يثبت وجود العيب عند الاستلام . ولا تطلب المعانة إذا كان البيع منعقداً بحسب نموذج لم يقم خلاف على ماهيته . وإذا كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن للبائع وكيل في محل استلامها ، وجب على المشتري أن يتخذ الحيطة للمحافظة على البضاعة مؤقتاً . وإذا خيف من تلف سريع ، كان من حق المشتري أن يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بعريضة من رئيس محكمة المحل الذي تكون فيه البضاعة بعد إجراء المعانة المقتضى ذكرها . وإذا كانت مصلحة البائع تقتضى هذا البيع ، كان الواجب المحتم على المشتري أن يجره على هذا المنوال . ويلزمه أن يخبر البائع بلا إبطاء عن كل ما تقدم ، وإلا كان ضامناً للعطل والضرر .

م ٤٤٨ : في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة تكون مصاريف إرجاع البضاعة على البائع .

(والتقنين اللبناني فيما يختص بالمقول غير الحيوان يتفق مع التقنين المصري في الأحكام التي وردت في التقنين المصري ، وي زيد عليه أحكاماً أخرى يقصد بها إعداد الدليل على العيب قطعاً للنزاع ، واتخاذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المعنية إذا خيف عليها التلف أو اقتضى البيع مصلحة البائع . وكل هذه الأحكام يمكن اعتبارها تطبيقاً للقواعد العامة) .

له فيها ، بل يجب عليه فيها ، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمألوف في التعامل . فإذا اشترى شخص قماشاً من تاجر ، فالغالب أن يكون هذا القماش مطويّاً ، فإذا كان فيه عيب ظهر أو في حكم الظاهر ، لم يعتبر المشتري راضياً به بمجرد تسلمه القماش المطوي ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفي خلال المدة المألوفة في التعامل نشر القماش المطوي وفحصه فلم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع في مدة معقولة ، هي أيضاً متروكة للمألوف في التعامل . وإذا اشترى شخص سيارة ، فإنه لا يعتبر قابلاً بما فيها من عيب ظاهر أو في حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لابد من مدة معقولة تمضي وفقاً للمألوف في التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فإذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع في مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف في التعامل ، اعتبر راضياً بالعيب .

إما إذا كان العيب الذي بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فإن المشتري لا يعتبر راضياً به إذا كشفه ، بطريق فحص فني مألوف أو فحص فني متخصص بحسب الأحوال على النحو الذي قدمناه عند الكلام في إخفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه إياه . وهنا أوجب المشرع على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يسأله إلى هذا الإخطار دون إبطاء ، لأن العيب لم ينكشف إلا بعد فحص فني فالوقت الذي كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع إبطاء في الإخطار .

ونرى من ذلك ، أن المشتري ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع ، يجب عليه إخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذي بيناه . ويجب أن يكون الإخطار دون إبطاء أو في مدة معقولة يحددها المألوف في التعامل بحسب الأحوال ، وذلك من وقت تسلم المبيع تسليماً فعلياً لا حكماً . ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار ، فيصح أن يكون بالنداء على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويّاً ، ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار ، ويستطيع أن يثبته بجميع الطرق ومنها البيئة والقرائن لأنه واقعة مادية .

فإذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم ، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجده فيه (١) ، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى

(١) على أن المشتري لا يعتبر راضياً بالعيب الذي وجده في المبيع عندما لا يتم الإخطار في الوقت الملائم إذا كان البائع سعي النية ، أي إذا كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً عن المشتري غشاً متعمداً فإن الضمان يكون واجباً في هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدني) كما

الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع على النحو الذي سنبينه فيما يلي . فدعوى الضمان إذن تسقط إما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنة التقادم ، وإما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك (١) .

وكل ما يجب على المشتري هو إخطار البائع بالعيب على الوجه الذي بيناه . فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، وإن كان من حقه أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب إذ هو المكلف بإثباته (٢) .

٣٧٤ - دعوى ضمان العيوب الخفية - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

«إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤» (٣) .

= سنرى . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى يقضي بأنه «إذا تعمد البائع تضليل المشتري ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب في الوقت الملائم» ، فحذف في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ - وأنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وقد جاء في تقنين الموجبات والعقود اللبناني نص في هذا المعنى هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين إذ تقول : «وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أركشافاً ، وإلا عد المبيع مقبولا . غير أنه لا يحق للبائع السعي النية أن يتنزع بهذا الحكم الأخير» (أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ ص ١٢٣ .

(٢) ولم يبين النص ماذا يفعل المشتري لو أن السلعة المباعة التي اشتراها لم يتمكن من ردها فوراً إلى البائع وكانت لما يسرع إليها التلف ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن المشتري يتخذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة على السلعة ، ويستصدر عند الاقتضاء أمراً من القضاء ببيعها لحساب البائع إذا خشي عليها تلفاً مريعاً . وقد عرض تقنين الموجبات والعقود اللبناني إلى هذه المسائل بنصوص خاصة (م ٤٤٧ و ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٣ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨٨ - ص ١١٩) .

ويقابل في التقنين المدني السابق النصوص الآتية : م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري العيوب الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تحمل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له .

م ٣٨٨/٣١٤ : في الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفي حالة ما إذا كان نقص القيمة بمقدار لو علمه المشتري لامتنع عن الشراء ، يكون المشتري محيراً بين قسح البيع بعير إضرار بحقوق الدائنين =

- برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات في الحالتين إذ اثبت علم البائع بالعيب الخفى .
م ٣٨٩/٣١٥ : إذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفى الموجود فى المبيع ، فالمشتري له الخيار فقط بين فسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التى ترتبت على البيع ، وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٩٣/٣١٨ : إذا كان العيب الخفى الذى ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الامتناع عن الشراء لو اطلع عليه المشتري ، كان للمشتري الحق فى تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة .

م ٣٩٤/٣١٩ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية فى حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية فى الحالة التى هو عليها ، وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه .

(وتخالف هذه الأحكام أحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، والخبرة بوقت تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هى التى تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد - انظر فى القانون المدنى السابق الأستاذين أحمد نجيب الهملالى وحامل زكى فقرة ٤٠١ - فقرة ٤٠٧) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٩ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى - وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٥ - فقرة ٢٠٦) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٩ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ١/٥٥٨ : إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى .

(والحكم يختلف عن حكم التقنين المصرى كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقى بالفقه الحنفى فى هذه المسألة ، فهو لا يميز فى خيار العيب إلا الفسخ أو استبقاء المبيع بكل الثمن . فإذا تعذر الفسخ بتعذر رد المبيع ، جاز للمشتري فى هذه الحالة إنقاص الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقاً لما قرره المادة ٥٦٥ عراقى متفقة فى ذلك مع أحكام الفقه الإسلامى إذ تقول : «بقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة» ، بأن يقوم المبيع سالماً لم يقوم معيباً ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان» - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٤٤٩ : إذا وجد ما يوجب رد المبيع أما لوجود عيوب فيه وإما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن . ويحق له علاوة على ما تقدم أن يأخذ بدل العطل والضرر فى الأحوال الآتية : أولاً - عندما يكون البائع عالماً بعيوب المبيع أو بعدم اتصافه بالصفات التى وعد بها ولم يصرح بأنه باع بدون ضمان . ويقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعته ، ثانياً - إذا صرح البائع بحلول المبيع من العيوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من العيوب التى يمكن أن يجهلها البائع عن حسن نية . ثالثاً - إذا كان وجود الصفات التى تبين خلل المبيع منها مشروطاً بصراحة أو كان العرف التجارى يوجب وجودها

م ٤٥٣ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو فى حالة السلامة وقت العقد من جهة ، ثم بتقدير قيمته فى حالته الحاضرة من جهة أخرى . وعندما يكون البيع منعقداً على عدة أشياء مشتركة

والآن نفرض أن المشتري قد أخطر البائع بالعيب فى الوقت الملائم على الوجه الذى بيناه ، فهو يعد هذا الأخطار يكون له الحق فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب ، وهى دعوى صاغها التقنين المدنى على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى كما هى مقررة فى المادة ٤٤٤ مدنى . والشبه بين الدعويين واضح ، ففى كليهما لم تبلغ خسارة المشتري ، من جراء الاستحقاق الجزئى أو العيب ، أن يضيق المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى هذا الصدد : «أما المشروع (التقنين الجديد) فلم ير داعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرره فى ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسمى يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقتضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشتري إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سعى النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . وفى الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً ، وفى الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع» (١) .

فيجب إذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكون العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، والفرض الثانى أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بثمن أقل .

فى الفرض الأول ، إذا كان العيب جسيماً إلى الحد السالف الذكر ، كان المشتري

= صفقة واحدة ، فيبنى تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التى تتألف منها الصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشتري فى حالة فسخ البيع أن يرد : أولاً - الشيء المصاب بالعيب الموجب للرد كما استلمه مع ما تبعه وما يعد جزءاً منه وما التحق به بعد إبرام العقد . ثانياً - ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضى أو الحكم به وثماره السابقة لهذا التاريخ . أما إذا كانت الثمار غير منعقدة وقت البيع ، فيحق للمشتري أن يأخذها إذا جناها ولو قبل التصريح كما يحق له أن يأخذ أيضاً الثمار الناضجة وإن كان لم يجزها ويلزم من جهة أخرى أولاً أن يدفع إلى المشتري نفقات الزرع والرعى والصيانة ونفقات الثمار التى ردها المشتري إليه . ثانياً - أن يرد الثمن الذى قبضه مع نفقات العقد القانونية . ثالثاً - أن يعرض المشتري من الخسارة التى ألحقها المبيع ، إذا كان البائع محتالاً .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين المصرى كما هو ظاهر) .

(١) مجموعة لأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٣ - ص ١٢٤ .

مخيراً بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي ، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١). وفي الفرض الثاني ، إذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار إليها ، لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . فالمشتري إذن ، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن يرد المبيع ويطلب بمبالغ معادلة للمبالغ التي يرجع بها في حالة الاستحقاق الكلي إذا كان العيب جسيماً ولم يختار استبقاء المبيع . أما إذا كان العيب غير جسيم ، أو كان جسيماً واختار استبقاء المبيع ، فإنه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢). ونذكر الآن في إيجاز عناصر التعويض في الحالتين ، وفقاً لما جاء في المادة ٤٤٤ مدني وفي المادة ٤٤٣ مدني التي أحيل بها .

ففي حالة رد المبيع إلى البائع (٣) ، يرد المشتري المبيع كما هو بالعيب اللاحق به ، ويرد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع . ويأخذ من البائع في مقابل ذلك : (١) قيمة المبيع غير معيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذي فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلي ، ولا يكون هناك محل للمطالبة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (٤) . (٢) المصروفات الضرورية (٥) والمصروفات النافعة

(١) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التي قد يرفعها عليه من اشترى منه الشيء المعيب وإذا رفع إحدى الدعويين ، فله أن يعدل عنها إلى الأخرى ما دام لم يصدر في الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضي (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ - بودري وسينيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) . وله أن يرفع دعوى رد المبيع المعيب بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية ، أما إذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولم بصفة احتياطية ، فإنه يتعذر على المحكمة أن تقضي بالتعويض إذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (أنسيكلويدى دالوز ٤ لفظ Vice Réd فقرة ٧٩) . والواجب على كل حال ، في مطالبة المشتري بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكتفى بمجرد دفع يديه عندما يطالبه البائع مثلاً بالثمن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) أما إذا لم يصيب المشتري ضرر من العيب ، فإنه لا يرجع شيء على البائع . فإذا اشترى صانع السفينة جهازاً من أجهزتها لتركيبه في السفينة . وكان هذا الجهاز معيباً ، ثم باع السفينة عندما تم صنعها ، ولم يرجع المشتري عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشيء لانعدام الضرر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٣) ولا يكون هذا فسخاً للبيع بالرغم مما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائماً وهو مصدر الضمان كما هو الأمر في ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .

(٥) وفي ضمان الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الضرورية لأنه يرجع بها على المستحق . أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق ، ومن ثم يرجع المشتري بالمصروفات الضرورية على البائع فهو الذي يسترد المبيع

التي يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سعي النية أي يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري (١) . (٣) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم . (٤) وبوجه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذي بسطناه في ضمان الاستحقاق الكلي . ويلاحظ أنه إذا كان البائع حسن النية أي لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما إذا كان سعي النية أي يعلم بالعيب كان مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية .

وفي حالة استبقاء المشتري للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً ، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها (١) ، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب مع ملاحظة أن يكون البائع سعي النية مسئولاً حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع كما سبق القول . ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح العيب إذا كان قابلاً للإصلاح ، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع (٢) .

٣٧٥ - هلاك المبيع المعيب - نصوص قانونية : وتنص المادة ٤٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) والمفروض أن البائع حسن النية حتى يقيم المشتري الدليل على أنه سعي النية . وإذا كان البائع تاجراً أو صانعاً يبيع السلعة المعيبة ، جاز القول بافتراض أنه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نيته (أنظر م ٤٤٩ من تقنين الموجبات والنفود اللبناني أنفاً نفس الفقرة في الهاش) . وأنظر أيضاً في هذا المعنى أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بودري وسينيا فقرة ٤٣٦ ص ٤٥٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٣٢٢ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة هامش رقم ١٤ - جيوار ١ فقرة ٤٥٧ - بودري وسينيا فقرة ٤٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٥ - ويشترط أن يكون الإصلاح ممكناً في مدة معقولة ، أما إذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم في أثناءها المشتري من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدي (أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ١٩) .

(١) إذا اختار المشتري - وفقاً لحكم المادة ٤٤٤ من القانون المدني - استبقاء المبيع فإنه لا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيباً وبمصروفات دعوى الضمان الذي أخطره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب .

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن ٥١ لسنة ٣٣ ق من ١٨ ص ٢٦٤)

«تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان»^(١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : «تبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاءً وقدرته . وفي لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وذكر في اللجنة أنه إذا هلك المبيع بفعل المشتري طبقت القواعد العامة إذا امتنع على المشتري طلب القسح (أى طلب رد المبيع) ولا يرجع إلا بضمان العيب (أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب) . وصارت المادة رقمها ٤٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢٠ - ص ١٢١) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق : م ٤٠٠/٣٢٣ : إذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال .

م ٤٠١ مختلط : إذا كان في المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بحدوث قهرى ، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن ممكناً في الأحوال الجائز فيها نقصانه .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين الجديد كما هو ظاهر - والعبرة بتاريخ إيراد البيع في سريان أحكام التقنين الجديد - وانظر في أحكام التقنين السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٤١٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٥١ مصرى . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠)

التقنين المدني الليبي م ٤٤٠ (مطابقة للمادة ٤٥١ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٤ : إذا هلك المبيع المعيب في يد المشتري ، فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

(وحكم التقنين العراقي يختلف عن حكم التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٢ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٠٧ - فقرة ٥٢٩) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٥٥ : لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو بخطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانياً - إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشتري . ثالثاً - إذا حول المشتري المبيع إلى شكل لم يبق معه صالحاً لما أعد له في الأصل .

م ٤٥٦ : إذا هلك المبيع بسبب العيب الذي كان مصاباً به أو بقرعة قاهرة ناشئة عن هذا العيب ، كان هلاكه على السائق ولزمه أن يرد الثمن . وإذا كان سبب التئمة ، لزمه أيضاً أن يؤدي بدل المثل والضرر .

(وحكم التقنين اللباني يختلف بعض الاختلاف عن حكم التقنين المصري) .

ويفرض النص أن المبيع المعيب قد هلك بعد أن تسلمه المشتري ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فإن هلاكه يكون على البائع ولا محل إذن لقيام ضمان العيب . وتقول المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بأن التقنين الجديد «اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع . حتى تنقضى الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان»^(١) .

فهلاك المبيع المعيب إذن وهو في يد المشتري لا يقسط دعوى الضمان . فيجوز للمشتري دائماً أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذى يبينه في حالة استبقاء المشتري للمبيع . أما إذا كان العيب جسيماً إلى حد يسوغ للمشتري رد المبيع ، فلا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك المبيع غير منسوب إلى فعله . فإذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبي فانه يكون غير منسوب إلى فعله ، ويكون له في هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به في حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالباً برد المبيع^(٢) لأن الرد استحالة عليه لا بفعله بل بسبب أجنبي ، وإنما يرد البائع ما أفاده من المبيع^(٣) . أما إذا كان الهلاك بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل إذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله ، ومن ثم وجب عليه أن يكتفى بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحو المبين في حالة استبقائه للمبيع^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) إلا ما عسى أن يكون باقياً منه إذا كان الهلاك جزئياً .

(٣) أنظر في هذا المعنى في حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٤٥٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (آنفاً في نفس الفقرة في الهامش) . وفي التقنين الفرنسى (١/١٦٤٧) الهلاك على المشتري ولو هلك الشيء معيباً ، إلا إذا كان العيب هو سبب الهلاك ، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي تحمل تبعته المشتري . وهذا الحكم مشتق من الفقه الفرنسى (جيوار ١ فقرة ٤٧٩ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٢٢ - ولكن بودرى وسينا فقرة ٤٣٩ يدافعان عن هذا الحكم لاعتبارات عملية) . والتقنين الألمانى (م ٤٦٢) يجعل هلاك المبيع المعيب بسبب أجنبي على البائع لا على المشتري ، كما كان يفعل القانون الرومانى (بلائيول وريسير وهامل ١٠ ص ١٥٧ هامش ٤) - وهذا هو أيضاً رأى بوتيه (بوتيه في البيع فقرة ٢١٩) . ويدافع كولان وكايتان عن الحكم الذى قرره التقنين الألمانى لاعتبارات عملية هي عكس الاعتبارات العملية التى دافع بها بودرى وسينا عن الحكم الذى قرره التقنين الفرنسى : تعذر معرفة ما إذا كان المبيع قد هلك بسبب أجنبي أم بسبب العيب .

(٤) أنظر في هذا المعنى ما دار في لجنة المراجعة في شأن النص : آنفاً نفس الفقرة في الهامش . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٧ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٢٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩١ - وقارن الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٧٢ والأستاذ عبدالمعزم البدرأوى فقرة ٣٥٤ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٣ .

٣٧٦ - بعض ظروف غير الهلاك تطرأ على المبيع المعيب : وقد يطرأ على المبيع المعيب ظروف أخرى غير الهلاك الذي سبق بيان حكمه ، وقد كان التقنين السابق يتناول هذه الظروف في شيء من الإسهاب ، ناقلاً في بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامي ، والفقه الإسلامي يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاماً مفصلة معروفة ، لا يسائر في بعضها المبادئ العامة للقانون المصري ، فلم ينقلها التقنين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالتناسق في أحكامه ، فوجب الرجوع في هذه المسائل إلى القواعد العامة (١).

وبذكر من الظروف التي قد تطرأ على المبيع المعيب ، غير الهلاك ، الظروف الآتية :
(١) ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم (١) تصرف المشتري في المبيع المعيب (٣) تحول المبيع المعيب إلى شيء آخر (٤) زوال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع (٥) . ونبين في ليجاز ماذا يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة في كل من هذه الظروف .

= ولكن إذا كان استعمال المبيع لا يكون إلا باستهلاكه ، كالبنور تفرس في الأرض وكالسماد يخلط بها ، جاز للمشتري أن يرجع بتعويض كامل دون أن يرد المبيع وإن كان قد هلك بفعله .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : «ولم ير المشروع أن ينقل ما قرره التقنين الحالي (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده (م ٣١٦ - ٣١٧ / ٣٩٠ - ٣٩٢) ، وبسبب ظهور عيب جديد في المبيع (م ٣٩٩ مختلط) ، وبسبب هلاك المبيع بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى (م ٤٠٠ / ٣٢٣ - ٤٠١) ، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة ، واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (٥٩٧ من المشروع) ، حتى تنتفى الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) .

(٢) وقد تناول التقنين المدني السابق أيضاً تعيب بعض المبيع . فنصت المادة ٣١٦ / ٣٩٠ على أنه «في الأحوال التي يثبت فيها للمشتري حق الفسخ إذا كان البيع في جملة أشياء معينة ، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم ، فليس له فسخ البيع إلا في جميع المبيع» . ونصت المادة ٣١٧ / ٣٩١ على أنه «إذا ظهر العيب بعد التسليم ، فللمشتري فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على قسمة البيع ضرر» . ونصت المادة ٣٩٢ من التقنين المدني المختلط على أنه إذا كان المبيع في الأحوال المذكورة من الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض ، جاز للمشتري ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو في جزء من المبيع» .

ولم ينقل التقنين الجديد هذه النصوص ، فتكون سارية على البيع الذي تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠ . أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المبيع إذا تعيب في بعضه ، كان للمشتري أن يرد كله ويأخذ تعويضاً كاملاً إذا كان العيب بحيث لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب إذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامه الحد المشار إليه . وهذا كله إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وإلا جاز رد البطل واستبقاء البعض الآخر . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٥ - الأستاذ محمد على إمام ص ٢٨٧ - ص ٣٨٨ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٧١ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ - ٢٠٧ - ويكون المبيع قابلاً للتجزئة أو غير

فإذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، ففظهر هذا العيب إذا كان بسبب أجنبي لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل ، لأن هلاك المبيع بسبب أجنبي لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي . أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشتري ، كان هذا مانعاً من الرد ، ويقتصر المشتري في هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع (١) .

= قابل لها بالنظر إلى الغرض المقصود منه ، وهذه مسألة واقع (بودرى وسيبيا فقرة ٤٤٠ - بلايول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤) .

وقد أورد التقنين المدني العراقي في هذه المسألة نصاً تأثر فيه بالفقه الإسلامي ، إذ قضت المادة ٥٦١ من هذا التقنين بأن «ما يبيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً ، فإذا لم يكن في تفريقه ضرر كان للمشتري أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن ، وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع . أما إذا كان هناك في تفريقه ضرر ، رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن» .

وأورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذه المسألة النصوص الآتية : م ٤٥٠ : «إذا كان المبيع منعقداً على مجموع أشياء معينة ، وكان قسم منها متعيباً ، حق للمشتري أن يتدرع بالحق الممنوح له في المادة السابقة . وإذا كان المبيع من المثليات : فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غير أنه يبقى له حق المطالبة ببطل العطل وللضرر عند الاقتضاء» . م ٤٥١ : «إذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة مشتراة بجملة بثمن واحد ، حق للمشتري ، حتى بعد الاستلام ، أن يفسخ البيع فيما يختص بالقسم المتعيب من تلك الأشياء ، وأن يسترد من الثمن جزءاً مناسباً له . أما إذا كانت الأشياء مما لا يمكن التفريق بينها بدون ضرر ، كأن تكون أزواجاً ، فلا يحق له إلا فسخ البيع كله» . م ٤٥٢ : «إن الفسخ بسبب عيب في أصل المبيع يتناول فروعه أيضاً ، وإن كان لمن الفروع معينة على حدة . وعيب الفرع لا يفسخ بيع الأصل» .

(وقد خرج التقنين اللبناني في بعض هذه النصوص على قاعدة وحدة الصفقة) .

(١) وكان التقنين المدني المختلط (م ٣٩٩) يورد في هذه المسألة الحكم الآتي : «إذا حدث المبيع بسبب حادث قهرى جديد .. أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل أى شخص آخر ، فلا يكون للمشتري الحق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفاً مع مراعاة العيب الجديد أو التغيير الذي حصل» . فهذا النص يمنع المشتري من رد المبيع حتى لو كان العيب الجديد بسبب حادث قهرى وهذا على خلاف مقتضى القواعد العامة كما بينا ولما كان هذا النص في التقنين المختلط ليس له نص مقابل في التقنين الوطني ، فلا يطبق إلا في البيع الذي كان خاصاً للتقنين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وأورد التقنين المدني العراقي (م ٥٦٢) في هذه المسألة الحكم الآتي وقد تأثر فيها بالفقه الإسلامي : «١- إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس له أن يرد به بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له أن يطالب بتقصان الثمن ، ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد» . ٢ - فإذا زال العيب الحادث ، عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع» .

وأورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذه المسألة النصوص الآتية م ٤٥٧ : «لا سبيل لفسخ البيع» .

وإذا تصرف المشتري في المبيع المغيّب ، فإن كان تصرفه بعد إطلاعه على العيب ، لا يترتب له مسؤولية من حيث العيب ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك يرجع إليه المبيع ، لأن العيب لا يترتب عنه استبقاء المبيع وتصرف فيه (١) ، أو إذا رجع عليه المشتري منه بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضاً الرجوع على بائعه . وقد اختلف التقنين المدني السابق نصاً في هذه المسألة يتفق مع هذا الحكم ، فقضت المادة ٣٢٥/٢ من هذا التقنين بأن «تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد إطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان» (٢) أما إذا كان تصرف المشتري في المبيع المغيّب قبل إطلاعه على العيب ، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، إذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه وهو ضامن للتعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول . فلا يبقى أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بائعه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على الوجه الذي بيناه (٣) . وهذا ما لم يرد المشتري الثاني للمبيع

ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن : أولاً - إذا تعيب المبيع بخلط منه أو من أشخاص الذين يكون مسؤولاً عنهم . ثانياً - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته وبسرى هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه ، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فتطبق أحكام المادة ٤٦٢ م ٤٦٢ : يسقط حق المشتري في دعوى الرد : أولاً - إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع . ثانياً - إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا . ثالثاً - إذا استعمل المبيع لمنفعته الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يسرى حكم هذه القواعد على البيوت والمسكنات الأخرى المماثلة ، فإنه يمكن الاستمرار في سكناها أو استعمالها في مدة المدعاة بفسخ البيع . وهذه النصوص تتفق مع القواعد العامة ، ويتفق أيضاً مع هذه القواعد نص المادة ٤٥٨ من نفس التقنين ويقضى بأن «نقص الثمن في المبيع ناله المشتري من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر» .

(١) قارن الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا الصدد : ولم ير المشروع موجبا لإيراد ما تضمنته المادة ٤٠٣/٣٢٥ من التقنين الحالي (السابق) وهي تقضى بأن تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد إطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان ، فإن هذا حكم واضح يسهل استحلاله من القواعد العامة مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني العراقي ، فقد نصت المادة ٥٦٦ من هذا التقنين على أنه «إذا أطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ، ثم تصرف فيه تصرف المالك . سقط خياره» .

انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٦٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني وقد سبق ذكرها في الهامش من نفس الفقرة .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .

بالعيب ، فعند ذلك يستطيع المشتري الأول هو أيضاً أن يرد المبيع على بائعه بنفس العيب (١) . وتصرف المشتري في المبيع المغيّب تربيته عليه حقاً للغير ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن (٢) .

وإذا تحول المبيع المغيّب وهو في يد المشتري إلى شيء آخر ، فإذا كان هذا التحول بفعله ، فإن كان بعد إطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وإن كان قبل إطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطيع المشتري الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب (٣) . وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبي لم يمنع التحول الرد ، لأن الهلاك بسبب أجنبي لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعه مجرد التحول (٤) .

وإذا زال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً إذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشتري أن يرجع على البائع بضمان العيب ، لأن سبب الضمان قد زال لا إلى رجعة فيزول الضمان برؤال سببه . وقد نص تقنين الموجبات والعقود اللبناني على هذا الحكم صراحة ، فقضت المادة ٤٥٩ من هذا التقنين بأن «تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثنائها» ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية . ولا يجرى هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته للرجوع .

٣٧٧ - تقادم دعوى ضمان العيب الخفى - نصوص قانونية : تنص المادة ٤٥٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) بودري وسينيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ - ٤٥٢ - وقد ورد في المادة ٣٨٨/٣١٤ من التقنين المدني السابق : «... يكون المشتري مخيراً بين فسخ البيع بغير إضرار بحقوق الدائنين برهن ، وبين طلب نقصان الثمن» ويوهم هذا النص أن الفسخ جائز إذا ثبت للغير على المبيع حق غير الرهن . والظاهر أن الفسخ لا يجوز من باب أولى إذا ثبت للغير بدلاً من حق الرهن حق الملكية ذاته ، إنما خص الرهن بالذكر لأن التقنين المدني السابق كان يعنى حماية خاصة للدائنين المرتهنين .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٠ و ص ١٥٣ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٧ - وقارن بودري وسينيا فقرة ٤٣٥ - وذلك ما لم يقض المشتري هذا الحق الذي رتبته للغير ، كأن دفع الدين للدائن المرتهن وشطب الرهن .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٧ ص ١٤١ .

(٤) انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٥٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ٣٧٥ في الهامش . وقد أورد التقنين المدني العراقي (م ٥٦٣) في هذه المسألة الحكم الآتي : «١ - زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد ، كصنع الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع» . ٢ - فإذا حدث في المبيع زيادة مانعة من الرد ، ثم أطلع المشتري على عيب قديم فيه ، فإنه يرجع على البائع بنقصان الثمن . ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث» .

- ١٥ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .
- ٢٥ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتسام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب عشا منه (١) .

(١) تاريخ النص . ورد هذا النص في المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ وص ٢٥٥) .

وبقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤٠٢/٣٢٤ وتجري على الوجه الآتي : يجب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها . ويخالف هذا النص نص التقنين الجديد في أسور ثلاثة : أولاً - مدة التقادم في التقنين الجديد سنة ، وهي ثمانية أيام في التقنين السابق . ثانياً - وهي مدة تقادم في التقنين الجديد ، ومدة سقوط لا مدة تقادم في التقنين السابق (الأستاذان أحمد نجيب الهلاك وحامد زكي فقرة ٤١٦) . ثالثاً - وتسري المدة في التقنين الجديد من وقت التسليم ، وفي التقنين السابق من وقت العلم بالقبض بالعيب (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٤٧ ص ٣٠٧) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : وعدل المشروع أحكام المادة ٤٠٢/٣٢٤ من التقنين المدني الحالي (السابق) ، وهي تقضي بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها . فإذ أن هذه المدة قصيرة لا تكاد تسمح لرفع الدعوى ، وقرر أن التقادم لا يتم إلا بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (م ٥٩٧ من المشروع) ، فأطال المدة إلى سنة ، ولكنه جعلها تسري من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقيقاً لاستقرار التعامل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . وإذا كان التقنين السابق جعل المشتري يادر إلى رفع الدعوى في ثمانية أيام ، فإن التقنين الجديد جعله يادر إلى إخطار البائع بالعيب في خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسليم المبيع .

ومدة السقوط في التقنين السابق بوجه عام أقصر من مدة التقادم في التقنين الجديد ، ولكنها قد تكون أطول إذا لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد نحو سنة من تسلمه للمبيع بحيث أنه لو ضم إلى هذه المدة ثمانية أيام كان المجموع أطول من سنة .

ويبدو أنه لا محل لتطبيق المادة ٨ مدني في تنازع التقنينين الجديد والسابق من حيث الزمان ، لأن المدة في التقنين السابق مدة سقوط وهي مدة تقادم في التقنين الجديد كما سبق القول . ومن ثم يسري التقنين السابق في عقود البيع التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ويسري التقنين الجديد في عقود البيع التي أبرمت بعد ذلك .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٥٢ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤١ (مطابقة للمادة ٤٥٢ مصري) .

ونرى من ذلك أن مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة (١) ، وذلك حتى يستقر التعامل ولا يكون البائع مهتداً بهذا الضمان أمداً طويلاً يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن . والمدة كما نرى سنة واحدة تسري من وقت تسليم المشتري للمبيع ، ففي هذا الوقت يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب موجب للضمان (١) (٢) . ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفي ، حتى لو كان المشتري لم يعلم بالعيب إلا

= التقنين المدني العراقي م ٥٧٠ : ١ - لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . ٢ - وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذ ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن المدة في التقنين العراقي ستة أشهر وهي في التقنين المصري سنة - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٨ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٨ - فقرة ٥٤٢) .

تقنين الموجهات والعقود اللبناني م ٤٦٣ : إن الدعوى الناشئة عن وجود عيب موجهة لرد المبيع أو عن خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إقامتها : (٩١) تقام من أجل الأموال الثابتة في خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم . (٢) وتقام من أجل المنقولات والحيوانات في خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إلى البائع البلاغ المنصوص عليه في المادة ٤٤٦ . وهاتان المهلتان يمكن تمديد يدهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين . (وهناك فرقان بين أحكام التقنين اللبناني وأحكام التقنين المصري : (١) المدة في التقنين اللبناني ٣٦٥ يوماً للمقار وثلاثون يوماً للمنقول ، وهي في التقنين المصري سنة لكل من المقار المنقول . (٢) يمكن الاتفاق على تقصير المدة في التقنين اللبناني ، ولا يمكن ذلك في التقنين المصري) .

(١) ولذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً ، فلا يكفي التسليم الحكسي ، ولو أن المادة ٤٥٢ مدني في حالتنا هذه لم تصرح بذلك كما صرحت المادة ٤٣٤ مدني في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع (أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٢٢٧ هامش ١ - وانظر الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي ص ٢٨٥ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥ - الأستاذ عبدالمحسن البدرأوي فقرة ٣٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤) .

(١) من المقرر أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون بنص المادة ٤٥٢ من القانون المدني إذ لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ويحظر كل تعديل اتفاقي في مدة التقادم المقرر بالقانون ، كما أن إقرار المشتري بأنه عاين المبيع عند تسليمه المعاينة النافية للجهالة لا يمنعه من طلب الفسخ للعيب الخفي .

(جلسة ١٩٨٨/٦/٥ الطعن ١٤٧٠ لسنة ٥٥٥ ق) .

(٢) أ - دعوى ضمان العيب في الشيء المبيع تسقط أما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم لأعماله في فحص الشيء أو الإخطار عنه . وأما بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع ولو وقع الإخطار أو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك ما لم يكن هناك غش من البائع بان تعمد إخفاء العيب .

بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يستقر التعامل كما قدمنا ، فمضى سلم البائع للمبيع للمشتري وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعة ضمان العيب الخفي واطمأن إلى استقرار الصفقة ، غير ملق بالآ إلى ما إذا كان المشتري سيطلع فيما بعد على عيب في المبيع .

ومدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة في قطع مدة التقادم^(١) ، ولكنها لا توقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بمقومة جنائية ، ولو لم يكن له نائب يمثل قانونياً ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدني) . وتوقف المدة إذا وجد سبب للوقف غير الأسباب المقدمة - (م ١/٣٨٢ مدني) .

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون (٢) . وإذا كان يجوز الاتفاق على إطالة السنة ، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح ، إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدني : « ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول » . وإذا أضفنا إلى

= (جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ الطعن ٥٣٧ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧ الطعن ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق) .

ب - وجود عيب بالمبيع يمكن كشفه بالفحص المعتاد ، التزام المشتري بإخطار البائع به خلال مدة معقولة . اعتباره قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه في الضمان بعدم إخطاره البائع أو إهماله في فحص المبيع ولو لم تكن مدة تقادم دعوى الضمان قد انقضت . العيب الذي لا يمكن كشفه بالفحص المعتاد . بقاء حق المشتري في الضمان طوال المدة اللازمة لأجراء الفحص الفني اكتشافه العيب بالفحص . التزامه بإخطار البائع به بمجرد ظهوره وإلا عد قابلاً للمبيع بحالته ويسقط حقه في الضمان ولو لم يكن مدة التقادم قد انقضت . م ٤٤٩ من القانون المدني .

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧ الطعن ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ ق) .

(١) ولا يكفي إخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطعه عمل تتوافر فيه الشروط التي يطلبها القانون .

(٢) أنظر مع ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح - قارن الأستاذ أنور سلطان في ٢٩٥ والأستاذ محمد علي إمام ص ٣٩١ والأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي ص ٢٨٦ وص ٢٨٧ والأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٨٨ والأستاذ عبدالمعزم البدرأوى فقرة ٣٥١ ص ٥٢١ وفقرة ٣٥٧ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ، ويذهبون مع المذكرة الإيضاحية إلى جواز الاتفاق على أنقاص مدة التقادم .

ذلك الفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ مدني ، تبين أن مدة التقادم في ضمان العيب الخفي تكون أطول من سنة في حالتين : (١) إذا اتفق المتعاقدان على إطالة مدة السنة . كذلك يجوز بعد تمام السنة أن ينزل البائع لو ضمناً عن التقادم بعد أن اكتحل ، وفقاً للقواعد العامة (م ٢/٣٨٨ مدني) . (٢) إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشاً^(١) ، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم^(٢) ، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق الاستثناء . فإذا كشف المشتري العيب الذي أخفاه عنه البائع غشاً حتى بعد انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع كما قدمنا (٢) .

٣ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي

٣٧٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

وتنص المادة ٤٤٥ على ما يأتي :

(١) ولا يكفي مجرد علم البائع بالعيب ، فلو علم بالعيب ولكن لم يتعمد إخفاءه غشاً كانت مدة التقادم سنة من وقت التسليم

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ثم أجاز (المشروع) أن تطول السنة في حالتين : (أولاً) إذا قبل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، وهذا اتفاق على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسيأتي ذلك . (ثانياً) إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه ، فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بخمس عشرة سنة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤)

(١) أ - مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدني أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضي سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع ، غير أنه إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بمضي خمس عشرة سنة من وقت البيع .

(جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ الطعن ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق ص ٢٦ ص ١٣٤٥)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٦٩٧)

ب - مدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٤٥٢ خاصة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، أما دعوى ضمان الاستحقاق فأنها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة .

(جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ١١٤٥)

ويتبين من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة خاصة هي ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فنبحث كلامنا المسألتين .

٣٧٩ - تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص : أحكام ضمان العيب الخفي ، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام العام (٢) ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها (١) . والتعديل قد يكون - كما في ضمان التعرض والاستحقاق - بالزيادة أو بالإسقاط .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢١ و ٤٢٣ (مطابقتان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١١ - فقرة ٢١٣) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٢ و ٤٤٤ (مطابقتان للمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٧ : ١ - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشترى المشتري بالعيب الذي سماه له ، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . ٢ - وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيوب الموجودة وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .

م ٥٦٨ : ١ - يجوز أيضاً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان . ٢ - على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب .

(وأحكام التقنين العراقي في مجموعها كأحكام التقنين المصري ، وانظر ما سنذكره فيما يلي فقرة ٣٧٩ في الهامش . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٤) .

تقنين الموجبات والمعقود اللبناني م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسؤولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسؤولاً ، حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .

م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة : أولاً - إذا صرح بها . ثانياً : إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً ما .

(وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصري ، ولم يذكر التقنين اللبناني ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان تطبيقاً للقواعد العامة) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٢٥ .

(١) يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديل أحكام الضمان ، وإذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه في مواده ، أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بعبارة عامة فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون .

(جلسة ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ١٥٨٣)

«إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه في الضمان ، كل هذا ما لم يتفق على غيره» (١) .

ويقابل النص الأول في التقنين المدني السابق المادة ٣٩٦/٣٢١ (٢) ، ولا مقابل للنص الثاني ولكنه تطبيق للقواعد العامة إلا فيما يتعلق بالمواعيد المذكورة فيه .

ويقابل النصان في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٢١ و ٤٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٦٧ - ٥٦٨ - وفي تقنين الموجبات والمعقود اللبناني المادتين

(١) تاريخ النص :

م ٤٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي لم يكن يشتمل على عبارة «غشا منه» الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة «غشا منه» في آخر النص ، وقد أصبح رقمه ٤٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - ١٢٨) .

م ٤٥٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٠١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يجعل المدة التي ترفع فيها الدعوى ستة لا ستة شهور ، ولم يشتمل على عبارة «كل هذا ما لم يتفق على غيره» الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التي ترفع فيها الدعوى من سنة إلى ستة شهور ، وأصبح رقم ٤٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ عبارة «كل هذا ما لم يتفق على غيره» في آخر النص ، لأن الأحكام الواردة في النص من قبيل القواعد المتحممة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وأصبح رقم النص ٤٥٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ - ١٣١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٩٦/٣٢١ : وكذلك لا يكون وجه لضمان البائع إذا كان قد اشترط عدم ضمانه للعيوب الخفية إلا إذا ثبت علمه بها .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : «ويقتصر التقنين الحالي (السابق) في نصوصه على صورة إسقاط الضمان ، فيقرر جواز ذلك ما لم يكن قد ثبت علم البائع بالعيوب (م ٣٩٦/٣٢١) . أما المشروع فيشترط لبطان شرط الإسقاط أن يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب كما تقدم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) . انظر في القانون المدني السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤١٣ - وانظر في سريان نصوص التقنين الجديد من حيث الزمان ما يلي فقرة ٣٧٩ في الهامش) .

فالاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم يتبينه وقت التسليم حتى لو أمكن تبينه من طريق الفحص بعناية الرجل العادي ، أو أن يتفق معه على إطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة وقد سبق ذكر ذلك . وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل إنما هو ضرب من الاتفاق على زيادة أسباب الضمان كما سنرى . ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري ، إذا ظهر عيب في المبيع يجيز رده على البائع ، أن يسترد المصروفات الكمالية حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً أو الثمن . فكل هذه الشروط التي من شأنها أن تزيد في ضمان البائع للعيوب الخفية جائزة ، ويجب العمل بها .

والاتفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان وإما بدعوى التعويض . مثل إنقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيباً معيناً يذكره بالذات ، أو ألا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفني المتخصص (١) . وقد قدمنا أنه لا يجوز إنقاص الضمان من ناحية الاتفاق على تقصير مدة التقادم ، بالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد . ومثل أنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، إذا رد المبيع المعيب عليه ، ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أى تعويض آخر . وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا ظهر عيب في بعض أجزاء السيارة انحصر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة في خلال مدة معينة (٢) . فكل هذه شروط جائزة ، ويجب العمل بها . إلا أنه يشترط في صحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيوب الذى اشترط عدم ضمانه فتعتمد أخفائه عن المشتري غشاً منه ، ذلك أنه لا يستطيع شخص أن يعفى نفسه باتفاق خاص من المسؤولية عن غشه (٣) . ولا

= (جلسة ١٩٦٤/٧/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٩٢٠)

(جلسة ١٩٥٦/٢/١١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاما قاعدة ٨٢ ص ٣٥٨)

(١) وكاشتراط البائع عدم ضمان لون المبيع وصبغته (أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ Vice Réd ص ٤١ - الأستاذ أور سلطان فقرة ٢٨٥) .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٩ ص ١٥٩ .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد كـ «ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى ، أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة (٢) أو اشترط قصر الضمان على العيوب =

يكفى أن يكون البائع عالماً بالعيوب ، بل يجب أيضاً أن يعتمد أخفائه . فإذا كان البائع عالماً بالعيوب ولم يعتمد أخفائه عن المشتري واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشتري باشتراطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب ، ولم يقم بتعمد أخفائه العيب عنه ، فقبل المشتري تحمل هذه المخاطرة ، ولا بد أن يكون قد روعى ذلك في تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهراً أو في حكم الظاهر أو معلوماً من المشتري ، فقد قدمنا أن البائع لا يضمنه . فكما أن خفاء العيب شرط في وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشتري به هو بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان .

والاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأى عيب يظهر في المبيع . ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامناً لأى عيب يظهر في المبيع (١) ، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يعتمد إخفاءها عن المشتري (٢) ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار كما رأينا في

= التي لا تظهر إلا بعد الفحص الفني ، أو على إسقاط الضمان أصلاً . غير أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العيب (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) .

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٦٧ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى : «إذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود في المبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث» (أنظر آنفاً فقرة ٣٧٨ في الهامش) ، وظاهر من هذا النص أن شرط براءة البائع من كل عيب شرط مطلق يعم العيب الموجود بالمبيع وقت البيع والعيوب الحادث بعده وقبل القبض ، أما شرط براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لأنها هي العيوب التي كانت موجودة في هذا الوقت فلا ينصرف الشرط إلى غيرها . وقد ساهم التقنين العراقى في هذا الحكم الفقه الحنفى على خلاف في هذا الفقه . والعبرة في القانون المصرى بتفسير نية المتماقدين ، فإن أرادوا الإطلاق برئ البائع من ضمان كل العيوب ويدخل العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع . وإن أرادوا تخصيص برئ البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون العيوب التي تحدث بعد ذلك حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب .

(٢) وكان التقنين المدنى السابق (م ٣٩٦/٣٢١) يقضى بغير ذلك ، فكان لا يصح شرط إسقاط الضمان إذا ثبت علم البائع بالعيوب (أنظر آنفاً فقرة ٣٧٨ في الهامش) . والعبرة بتاريخ تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بالعيوب باطلاً ، وإلا كان صحيحاً وفقاً لأحكام التقنين الجديد .

وفي التقنين المدنى الفرنسى (م ١٦٤٣) لا يحوز شرط إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيوب ، كما كان الأمر في التقنين المدنى المصرى السابق . وانقسم الفقه الفرنسى في إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيوب إذا كان المشتري قد اشترى ساقط الخيار (à ses risques et périls) ، فرأى يذهب إلى إسقاط الضمان (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ وهامش ٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠

ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير ثمن المبيع . ونرى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالماً بعيب في المبيع وتعهد إخفاؤه عن المشتري غشاً منه ، لأنه يكون في هذه الحالة قد انتشرط عدم مسئوليته عن الغش وهذا لا يجوز (١) .

٣٨٠ - ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل : في بعض الأشياء الدقيقة الصنع السريعة الخلل ، كالألات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والدفايات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل مدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع ، لأنه لا يشترط خلل المبيع من العيوب فحسب ، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن (٢) . والذي يعنى المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين . ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضى عادة دقة فنية ، أى خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل ، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات . ومن هنا يجى احتياط المشتري ، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ويضمن بذلك إلى أنه اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل ، ويغلب أن المبيع إذا صلح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضائها إلى المدى المألوف في التعامل . وهذا الشرط جائز ، ويجب العمل به .

ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتى :

أولاً - أنه يجعل الضمان شاملاً لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً ، فيكفى ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان (٣) . وغنى عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية ، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم

= فقرة ١٣٩ ص ١٦٠ ، ورأى يذهب إلى عدم إسقاطه (لوران ٢٤ فقرة ٣٠٥ - جيوار ١ فقرة ٣٥٤ - بودرى وسينيا فقرة ٤٢١) .

(١) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئاً من فعل البائع ، فيكون باطلا الاتفاق على عدم ضمان هذا العيب أو الاتفاق المطلق على إسقاط الضمان (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٦) .

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ - وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر غير خفى ، فيضمنه البائع بالرغم من ظهوره وعدم حفاؤه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المعتاد (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ ص ٤٣٤) .

(٣) وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعاً إلى المشتري ، كأن تسقط الساعة من يده فتكسر (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١) .

يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (١) ، كالعيب في طلاء الساعة الخارجى (٢) ، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لا ستة شهور وأن يكون الإخطار في الوقت الملائم لا في مدة شهر (٣) .

ثانياً - أن يقتصر بمدة معينة يكون فيها البائع مسئولاً عن الضمان ، وهى مدة يقدر المشتري أنها تكفى لتجربة صلاحية الشيء للعمل كما إذا كان المبيع ساعة أو سيارة ، أو أنها تكفى لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

ثالثاً - أن المدة التى يجب فيها أن يخطر المشتري البائع بالخلل هى شهر من وقت ظهوره (١) ، وإلا سقط الضمان . وفى الضمان العادى لم تحدد مدة للإخطار ، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول . ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التى نحن بصددتها على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة في النص (٤) .

رابعاً - أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هى ستة شهور من وقت الإخطار . وفى الضمان العادى المدة سنة من وقت تسليم المبيع كما قدمنا . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور . فليست المدة هنا مدة تقادم بل هى

(١) بلاتول وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٨٩ .

(٢) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١ .

(٣) أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ Vice Réd فقرة ٧٥ - ويكون هذا بحسب إرادة المتعاقدين ، فإن كانا يريدان جعل هذا الضمان محل ضمان العيوب الخفية لم يكن للضمان الأخير محل إلى جانبه ، وإن كانا يريدان هذا الضمان بالإضافة إلى ضمان العيوب الخفية دون أن محل محله وجب العمل بهذه الإرادة . أنظر في هذه المسألة وفى أنه يغلب أن يريد المتعاقدان إحلال هذا الضمان محل العيوب الخفية بلاتول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ ص ١٦١ . ويذهب أوبرى ورو إلى أن المفروض في هذا الضمان أنه يمنع الضمان الخاص العادى ما لم يكن البائع يعلم بالعيب فيضمنه الضمان العادى إلى جانب الضمان الخاص (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٨) .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣١ - ويجوز رفع دعوى الضمان مباشرة ويعتبر إعلان صحيفتها أخطاراً كافياً ، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه .

(١) التزام البائع بضمان صلاحية المبيع للعمل المدة المتفق عليها . شرطه . وجوب إخطاره بالخلل فى المبيع فى مدة شهر من ظهوره ورفع الدعوى بذلك خلال ستة أشهر من هذا الإخطار . جواز الاتفاق على ما يخالف تلك المواعيد لعدم تعلقها بالنظام العام .

(جلسة ١٩٩٨/٥/١٣ الطعن ١٠٩٠٩ لسنة ٦٦ ق)

مدة سقوط وهي ليست من النظام العام فتجوز إبطالها ويجوز تقصيرها باتفاق خاص. أما مدة السعة في الضمان العادي فهي مدة تقادم ، تجوز إبطالها ولا يجوز تقصيرها كغيرها سبق القول.

خامساً - يكون التعويض عادة في هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدله بمثل له يكون صالحاً (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص النص الذي نحن بصدد ما يأتي : وهذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٧٤) ، ولا نظير له في التقنين الحالي (السابق) . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الأشياء الدقيقة كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشتري المبيع في مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه في الضمان ، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة (ستة أشهر) من هذا الاخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفتها أخطاراً كافية ، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه . ويلاحظ أن ميعاد الإخطار في هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه علم حيث نص على أن الإخطار يكون في الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة (والسنة الأشهر) (٢).

٤ - تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية

٣٨١ - بعض النظم القانونية التي تقارب ضمان العيوب الخفية : الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحددنا هذا الضمان ، نستكمل تحديده بتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى التي تقاربه وقد تلتبس به في بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم الغلط والتدليس والفسخ لعدم التنفيذ والعجز في المقدار وضمان الاستحقاق الجزئى.

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٩٠ - الأستاذ عبدالمعزم البدرأوى فقرة ٣٥٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ .

وهذا حتى لو لم يذكر كيف يكون التعويض فإذا كان إصلاح المبيع متعذراً ، رجع المشتري على البائع وفقاً للقواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ، فبإد المبيع أو استيفائه مع التعويض إذا كان العيب جسيماً ، وإذا كان العيب غير جسيم اكتفى بالتعويض (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨) . ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التعويض ، بأن يشترط المشتري رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ ص ١٣١ .

٣٨٢ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط : قد يقع الغلط في صفة جوهرية للمبيع ، فإذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للفرض الذى أعد له بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فإن البيع يكون في هذه الحالة قابلاً للإبطال للغلط ، ويكون في الوقت ذاته منشأاً لضمان العيوب الخفية . فإذا اشترى شخص فرساً على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، أمكن القول إن المشتري وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء ، وأمكن القول في الوقت ذاته إن البيع به عيب خفى . فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع أما بدعوى الغلط وأما بدعوى ضمان العيوب الخفية . فيختار إحداهما ولكنه لا يجمع بينهما . فإذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقعاً في غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذى وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مساومة أو اشتراه في مزاد قضائى أو إدارى ، ويجب أن يرفع الدعوى في خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هي المدة التقادم في دعوى الغلط . ويطلب في هذه الدعوى إبطال البيع ، فإذا حكم بالإبطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى رد المبيع (١) . أما إذا رجع المشتري بضمان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ما تقدم : لا يطلب من المشتري إلا أن يثبت أن الغرض المقصود من الفرس هو أن يكون صالحاً للسباق وقد ظهر أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فسواء جهله أو علمه ، وسواء اشترك مع المشتري في غلط مشترك أو لم يشترك ، وسواء علم بوقوع المشتري في غلط جوهرى أو لم يعلم ، ففي جميع الأحوال قد ثبت أن بالمبيع عيباً خفياً يوجب الضمان . ومن هنا نرى أن العيب الخفى أمر موضوعى محض ، أما الغلط فأمر ذاتى محض (٢) ، وإن كان الأمران قد اجتمعا معاً في المثل الذى نحن بصدد . وإذا كان المشتري قد اشترى الفرس في مزاد قضائى أو إدارى امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يمنع عليه في هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشتري رفع دعوى ضمان العيب خلال ستة من وقت تسلمه الفرس بعد أن يخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم ، وقد رأينا في دعوى الغلط أن المشتري لا يخطر البائع بشئ وله أن يرفع الدعوى في ثلاث سنوات أو في خمسة

(١) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدنى بأنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . فإذا ذكر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، سقط حقه إذن في طلب إبطال البيع بسبب الغلط ، ولكن لا يسقط حقه في الطعن بسبب العيب الخفى . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٤٥١ مدنى (٢/٤١٩ جديداً) خاصة بحالة حصول الغلط في البيع لا بحالة ظهور العيوب الخفية ، وعلى ذلك فإن طلب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع بأنه قد عاينه وفحصه بمعرفة أحد رجال الفن (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٩ ص ١٥٦) .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦ ص ١٣٩ .

عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشتري في دعوى ضمان العيب إما رد القوس أو البائع وأخذ تعويض منه ليس هو الثمن ، وإما استبقاء القوس وأخذ تعويض عما أصيب به من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا في دعوى الغلط أن البيع يزول بآثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن ، ويسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى ، ويرد القوس للبائع وليس له أن يستبقه مع أخذ تعويض (١) .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك محل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك محل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلتبس الغلط بالعيب الخفي فيصبح من الضروري التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتي كما قدمنا ، وهو يقع في صفة جوهرية في المبيع جعلها المشتري محل اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة الجوهرية حتما بالغرض الذي أعد له المبيع . أما العيب الخفي فأمر موضوعي كما سبق القول ، وهو يقع في الغرض الذي أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض ، سواء كان هذا محل اعتبار ذاتي عند المشتري أو لم يكن (٢) ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفي . فإذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال معتقداً أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا الطراز ، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقداً أنها من «ماركة» معينة فتبين أنها ليست من هذه «الماركة» ، كان هذا غلطاً في صفة جوهرية في المبيع . وليس من الضروري أن يكون هذا عيباً خفياً ، فقد يكون الأثاث الذي اشتراه - أو السيارة أو الآلة الميكانيكية - صالحاً كل الصلاحية للغرض المقصود ، بل قد يكون أكثر صلاحية من الطراز الذي أراده المشتري ، فلا يمكن القول في هذه الحالة أن المبيع به عيب خفي . عند ذلك لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بضمان العيوب الخفية ، وليس أمامه إلا أن يرجع بدعوى الغلط فيراعى أحكام هذه الدعوى وبخاصة الأحكام التي سبق ذكرها .

(١) استئناف مخطوط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٢٧ - بودري وسينا فقرة ٤١٤ .
(٢) فمن وقع في غلط في المبيع يكون قد اشترى شيئاً غير الشيء الذي قصد شراؤه ، أما من اشترى شيئاً معيناً فقد اشترى الشيء الذي قصد شراؤه وإن كان به عيب . فإذا اشترى شخص بذوراً على أنها «تقاوى» فطن السكلاريدس ، فتبين أنها ليست «تقاوى» أصلاً أو أنها «تقاوى» لطن غير لطن السكلاريدس ، فإنه يكون قد وقع في غلط جوهرى . أما إذا كانت البذور هي تقاوى لطن السكلاريدس ولكنها فقدت قوة الإنتاج ، فليس هذا بغلط وإنما هو عيب خفي (استئناف مخطوط ١٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب أوسع من الغلط ، لأنه يقع في صفة غير جوهرية في الشيء ما علم المشتري في صلاحيته للغرض الذي أعد له . وهو في الوقت ذاته أضيق من الغلط ، لأن أية صفة جوهرية في الشيء جوهرية في الشيء يجوز أن يقع فيها غلط ، وقد لا يكون من شأنه هذا الغلط أن يؤثر في صلاحية الشيء للغرض الذي أعد له فلا يكون الغلط عيباً (بيدان ١١ فقرة ٢٦٤) .

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر . ذلك أن العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود فيغلب أن يكون العيب واقعاً في صفة جوهرية اعتبرها المشتري ، ويكون المشتري غير عالم بالعيب ، وهذا هو عين الغلط (١) . ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى غير متصل بصفة جوهرية في المبيع كانت هي محل اعتبار المشتري . ففي المثل المتقدم إذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال من طراز معين فوجدها من هذا الطراز ، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيتها للغرض المقصود ، فإن له في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفى وليس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد المبيع إلى المشتري بل يستبقه مع أخذ تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب (٢) . فإذا كان العيب جسيماً بحيث لو كان المشتري قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذي يجيز رد المبيع ، فإن هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية في المبيع ، وهنا تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط (٣) (١) ، ويكون المشتري أن يختار إحداهما على النحو الذي بسطناه .

٣٨٣ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلّس على المشتري بأن تعتمد مثلاً أن يخفى عنه العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم

(١) ولكن إذا كان البائع عالماً بالعيب غير أنه يعتقد أن المشتري عالم به مثله ، لم يجوز للمشتري أن يرفع دعوى الغلط لأن البائع غير مشترك معه فيه وغير عالم بوقوعه ، فلا يبقى أمامه إلا أن يرفع دعوى ضمان العيوب الخفية إذا كان العيب الذي لحق بصفة جوهرية في المبيع حدث بعد البيع وقبل التسليم ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة أن المشتري قد وقع في غلط عند البيع .

(٢) وإذا اشترى شخص حلياً على أنها من ذهب ، فإن وجدها من فضة مذهبة رفع دعوى الغلط ، أما إن وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب . وإذا اشترى شخص صورة زيتية على أنها من صنع رسام معروف ، فإن وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط ، وأن وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب (بودري وسينا فقرة ٤٢٥ مكررة خامساً - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٣٠ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد كامل مرمى ص ٣٣٥ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ١٦٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٧٦ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٤٢٠ - فقرة ٤٢١) .

(٣) أنظر الأستاذ محمد على إمام ص ٣٩٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ - وقارن الأستاذ عبدالمنعم البدر اوى فقرة ٤٢٧ .

(١) مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هي حصول غلط في المبيع ، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور ، ومن ثم فلا يصح من طلب الفسخ للعيب الخفى أن يكون المشتري قد أقر عند تسليم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة .

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٤ الطعن ٦ لسنة ٢٧ ق م ١٣ ص ٨٠٨) .

ضمان العيب ، وذلك فيما إذا كان الغلط الذي اتساق إليه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالعرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هي محل اعتبار المشتري^(١). وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما إذا كان بالمبيع عيب خفي تعمد البائع إخفاءه عن المشتري عشاءً معه ، فيجوز للمشتري عند ذلك رفع دعوى ضمان العيب أو رفع دعوى التدليس^(٢).

والفروق بين الدعويين كبيرة كالفروق التي بين دعوى ضمان العيب ودعوى الغلط. ففي التدليس يجب أن يكون البائع ، لا سعي النية فحسب ، بل أيضاً مدلساً أي أن يكون قد عمد إلى طرق احتمالية لبوقع المشتري في الغلط ، أما في ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية^(٣). وفي التدليس يصح أن يكون البيع بالمزاد القضائي أو الإداري ، ويمتنع ذلك في ضمان العيب. وفي التدليس يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما في الغلط ، أما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الإخطار بالعيب خلال ثلاث سنوات من وقت تسلم المبيع. وفي التدليس يحكم القاضي بإبطال البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن فيسترد المشتري الثمن مع التعويض ويرد البيع ، أما في العيب الخفي فيبقى البيع وقد يرد المشتري المبيع وقد لا يرد ويقتضى من البائع تعويضاً يشتمل على عناصر معينة غير عناصر التعويض في التدليس.

٣٨٤ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ : وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختلطان أخرى. يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمن العيب إذا اشترط المشتري مثلاً أن يكون المبيع في حالة جيدة ، فيثبت أنه ليس في هذه الحالة وأن كان في حالة صالحة تماماً للأغراض المقصودة منه ، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لا لزامه من تسليم المبيع في حالة جيدة ، ولكن لا يجوز له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح للغرض المقصود^(٤). ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ إذا وجد

(١) وقد رأينا أن العيب إذا كان مما يمكن تبينه بالفحص المعتاد ولم يتبينه المشتري لعدم خبرته ، ثم يكن هناك محل لضمان العيب. ولكن يكون للمشتري أن يتمسك بالتدليس إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن المشتري عشاءً منه بالرغم من أن المشتري كان لا يتبينه حتى لو لم يخفه عنه البائع. فهنا يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧ في الهامش).

(٢) يبدان ١١ فقرة ٢٦٥ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٦ ص ١٣٨.

(٣) كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٣٠.

(٤) ومثل ذلك أيضاً أن يشترط المشتري أن يكون المبيع مصنوعاً من مادة معينة ، فإذا به مصنوع من مادة أخرى ، وإن كان صالحاً للعرض المقصود ، فيكون للمشتري دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لا لزامه دون دعوى ضمان العيوب الخفية. وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. فإذا كان ما يشكو منه

المشتري المبيع في الحالة التي اشترطها ، ولكن وجد به عيباً خفياً ينقص من صلاحيته للغرض المقصود. فعند ذلك يكون للمشتري الرجوع على الساع بضمحان العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ^(١). وإذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للغرض المقصود^(٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس في هذه الحالة ، جاز للمشتري أما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم العين في حالة صالحة للغرض المقصود ، وأما أن يرجع بضمان العيب لوجود عيب في المبيع يجعله غير صالح للغرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب^(٣).

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب. ففي الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك في ضمان العيب. ويجوز الفسخ حتى لو كان البيع بمزاد قضائي أو مزاد إداري ، ولا يجوز ضمان العيب. ومدة التقادم في الفسخ خمس عشرة سنة من وقت إخلال البائع بالتزامه ، وهي سنة واحدة من وقت التسليم في ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى. أما في ضمان العيب فالبيع قائم ، وعلى أساسه إما أن يرد المشتري المبيع ويأخذ تعويضاً من المشتري ، وإما أن يستبقى المبيع مع أخذ تعويض^(٤).

٣٨٥ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعجز في مقدار المبيع : وقد يكون هناك عجز في مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيب الخفي. إذ العجز في مقدار المبيع هو نقص

= المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها ، فذلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضمحانه ، فالحكم الذي يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفي في المبيع هو مخالفة المادة التي صنع منها للمادة التي دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الموضوع المعتبر فيه يكون مخالفاً للقانون متعيناً نقضه (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٦ ص ٥٨٧) - أنظر أيضاً استئناف مختلط ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٩ - ١٥ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣١٣.

(١) وكذلك لو وجد المشتري المبيع مطابقاً للعينة ، ولكن العينة ذاتها كان بها عيب خفي ، فعند ذلك يكون للمشتري دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ (بلاتويل وريبير وهامل ١٠ ص ١٣٨ هامش ١).

(٢) أو كفل البائع للمشتري وجود صفات معينة في المبيع ثم تبين أن المبيع خال منها أو من بعضها ، جاز هنا أن يرجع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية كما سبق القول ، وجاز أيضاً أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ. ولكل من الدعويين أحكامها الخاصة بها كما سري (فان الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٨ - ص ٢١٩ ، ويذهب بعد تردد إلى عكس ما يذهب إليه).

(٣) بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٦ ص ١٣٧.

(٤) الأستاذ عبدالمعتم البيراوي فقرة ٢٤٦.

في كميته ، أما العيب الخفى في المبيع فنقص في صفته ، والنقص في الكم غير النقص في الكيف .

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب في أن الأولى لا تفترض حسن نية المشتري والثانية تفترض حسن نيته ، وفي أن الأولى تجوز في بيع بالمراد القضائي أو الإداري والثانية لا تجوز . وتتفق الدعويان في أن مدة التقادم في كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي ، وفي أن المشتري يستطيع رد المبيع أو استبقاءه إذا كان العجز أو العيب جسيما وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم . ولكن في دعوى العجز إذا رد المشتري المبيع يكون ذلك عن طريق فسخ البيع فيزول بآثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، أما في دعوى العيب فلا يكون عن طريق فسخ البيع بل إن البيع يبقى كما سبق القول ^(١) .

٣٨٦ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية و ضمان الاستحقاق الجزئي : يتقارب الاستحقاق الجزئي من العيب من ناحية ما يعود على المشتري من الخسارة بسبب كل منهما ، إلى حد أن المشرع جعل الجزاء واحداً في الاثنين كما رأينا . ولكن الاستحقاق الجزئي لا يفرض وجود عيب في المبيع بل يفرض حقاً للغير عليه ، فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته . أما العيب فيفرض وجود عيب فالمبيع لاحقاً للغير عليه ، فالمبيع معيب من ناحية مدته وسليم من ناحية ملكيته . وقد كان القانون الفرنسي القديم يخلط بين الاثنين في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا عيباً خفياً ، والصحيح أنه استحقاق جزئي ، لأن حق الارتفاق حق للغير على المبيع لا عيب في ذات المبيع .

ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئي عن ضمان العيب الخفى في أن المشتري في ضمان الاستحقاق لا يشترط أن يكون حسن النية ويشترط ذلك في ضمان العيب ، وفي أن ضمان الاستحقاق جائز في البيع بالمراد القضائي أو الإداري و ضمان العيب غير جائز ، وفي أن مدة التقادم في ضمان الاستحقاق خمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق والمدة في ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم . وتتفق الاثنان في الجزاء كما قدمنا ، فيجوز للمشتري في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسيما ، ولا يجوز له الرد إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسيم ، وإذا رد المبيع فان ذلك لا يكون عن طريق فسخ البيع بل يبقى البيع في الحالتين كما سبق القول ^(٢) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٤٤ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٤٥ .

وقد يكون المبيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب في المبيع ، ويكون البيع باطلاً (أسيكلويدى =

الفرع الثانى

التزامات المشتري

٣٨٧ - التزامات ثلاثة : يلتزم المشتري ، بموجب عقد البيع ذاته ودون حاجة إلى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : (١) الوفاء بالثمن (٢) تحمل مصروفات البيع (٣) تسلم المبيع ^(١) .

المبحث الأول

الوفاء بالثمن

٣٨٨ - التزام الوفاء بالثمن وجزاء الإخلال بهذا الالتزام : المشتري ملتزم بأن يفي للبائع بالثمن ، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة تكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزءاً على الإخلال به .

فنبحث إذن : (١) التزام الوفاء بالثمن (٢) جزاء الإخلال بهذا الالتزام

المطلب الأول

التزام الوفاء بالثمن

٣٨٩ - المسائل التي تبحث في هذا الالتزام : نبحث في خصوص هذا الالتزام أمرين : أولاً - على أى شيء يقع التزام الوفاء بالثمن . ثانياً - الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء بهذا الالتزام .

= داللو ^٥ لفظ Vice Réd. فقرة ٥ - وعدم المشروعية يرجع إلى اعتبار في القانون أما العيب فيرجع إلى اعتبار في طبيعة الشيء . وقد يعتبر القانون عيوباً في طبيعة الشيء - كما في الأغذية - فيجرمه ، فيجتمع الاعتباران ولكن اعتبار القانون يتغلب فيكون البيع باطلاً (أسيكلويدى داللو ^٥ لفظ Vice Réd. فقرة ٢٠) . وقد يصل العيب من الجسامة إلى جعل المبيع في حكم المعدم ، كبعض فاسد أو فاكهة معطوبة أو حتى مؤلف سقط ودخل في الملك العام ، فعد ذلك يكون البيع محله معدوم وقت العقد ويكون باطلاً لانعدام المحل ، فلا يثار في هذه الحالة العيب الخفى (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٤٨) .

(١) يذكر تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٤٦٥) من هذه الالتزامات الثلاثة التزامين : دفع الثمن وتسلم المبيع .

١ - على أى شئ يقع التزام الوفاء بالثمن

٣٩٠ - الثمن والفوائد : يشمل التزام الوفاء بالثمن : (١) دفع الثمن المتفق عليه (٢) ودفع فوائد الثمن فى بعض الأحوال .

٣٩١ - دفع الثمن - احالة : دفع الثمن هو الالتزام الأساسى الواجب على المشتري^(١) ليقابل الالتزام الأساسى الواجب على البائع بنقل ملكية المبيع ، إذ البيع إنما هو نقل ملكية المبيع فى مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من المقتود يتفق عليه المتبايعان^(٢) . وقد قدمنا عند الكلام فى الثمن^(٣) أن الثمن يجب أن يكون نقوداً ، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جدياً أى لا يكون صورياً ولا تافهاً ، فإذا توافرت هذه الشروط فى الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التى يقررها العقد وفى الزمان والمكان اللذين سببتهما فيما يلى . ومصروفات الوفاء بالثمن ، كنفقات إرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أى طريق آخر ، تكون فى الأصل على المدين به أى على المشتري طبقاً للمادة ٣٤٨ مدنى وهى تنص على أن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة فى الوفاء بالالتزام ، كما يجوز للمشتري عرض الثمن على البائع وإيداعه لحسابه إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ويكون هذا وفقاً للقواعد المقررة فى العرض والإيداع (١) .

(١) وليس من الضروري أن يكون المشتري هو الملتزم بدفع الثمن ، فقد يلتزم الغير فى نفس عقد البيع بدفع الثمن وتكون ملكية المبيع للمشتري (جوسران ٢ فقرة ١٠٢٧ - وأنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ فى الهامش . وتكون العلاقة ما بين البائع والمشتري هى العلاقة ما بين المتبايعين ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه وضمان العرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، يلتزم المشتري بتسليم المبيع . ولكن الغير هو الذى يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصروفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معاوضة ، أما علاقته بالمشتري فتكون علاقة تبرع إذا كان متبرعاً له بالثمن ، أو بمقابل إذا كان يفتى له ديناً أو يعطيه قرضاً أو نحو ذلك (بلاتيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٤٩٣ - أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ١٥٦٧ - فقرة ١٥٦٩) .

(٢) وقد يقل الثمن الذى يلتزم المشتري بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما فى حالة استغلال البائع للمشتري ، وقد يزيد كما فى حالة الشراء لعقار القاصر بمن فاحش (الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٢٧٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٧٨ - الأستاذ مصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢١١) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣ وما بعدها .

(١) أ - من المقرر أنه لكى ينتج العرض والإيداع أثرهما كسبيل للوفاء أن يتما وفقاً لأحكام قانون المرافعات وأن محضر الإيداع الذى يعقب رفض الدائن للمبلغ المعروض عليه هو إجراء يقوم به المحضر ويلتزم فيه بشروط العرض التى اشترطها المعارض بإذاره ، وإذا كان الثابت بمحضر الإيداع المؤرخ والذى تم بناء على اندار العرض الموجه من المطعون ضده الخامس إلى المطعون ضدهم الأربعة =

- الأول فى ... أن المحضر إحال فيه إلى ما ورد بإندار العرض المذكور للمعروض عليهم أن يحكم له وحده دون الطاعن - المشتري الآخر - بصحة ونفاذ عقد البيع مما مؤداه أن هذا العرض والإيداع لا ينتج أثره إلى فى الوفاء إلا لحساب المعارض فقط دون أن يفيد منه المشتري الثانى ، وبالتالي فلا يعتبر ذلك العرض والإيداع ميراثاً لذمته فى الوفاء بقيمة الباقي من الثمن .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢) .

ب - من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا كان الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموق على عقد البيع النهائى ويحل محله فى التسجيل ، فإذا كان وفاء باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى فإن اشتراط المشتري ألا يصرف للبائع باقى الثمن الذى أودعه خزينة المحكمة ألا بعد صدور حكم نهائى بصحة ونفاذ العقد هو اشتراط صحيح .

(جلسة ١٩٦٦/١١/١٥ الطعن ١٦٣ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٦٨٨) .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعن ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢) .

ج - تصريح محكمة الموضوع للطاعنين بإيداع باقى الثمن خزنة المحكمة لا يعتبر فصلاً فى الخصومة مما تستند به المحكمة ولايتها ، ويجوز حجية الأمر المقضى .

(جلسة ١٩٨١/١١/١٨ الطعن ٣٨٨ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ٢٠٥٢) .

د - المقرر فى قضاء النقض أنه لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد لتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع باقى الثمن ، لأن هذا الدفع هو ذات الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر . لما كان ذلك فإنه لا يقبل من الطاعن الذى لم يكن طرفاً فى عقد البيع بل هو مشتري ثانى للعقار المبيع الطعن على الحكم فى خصوص ما قضى به من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المطعون ضده الأول صحيحين وما رتبته على ذلك من اعتباره ميراثاً لذمة هذا المشتري من الثمن .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق س ٣٤ ص ١٢٩٢) .

هـ - قيام المشتري بإيداع باقى الثمن على ذمة البائعين جميعاً فى صفقة غير مجزأة مؤداه براءة ذمته من الثمن طالما أن الإيداع لم يكن فى ذاته محل اعتراض ولكل من البائعين أن يستأدى حصته من الثمن المودع وفق الاجراءات المقررة قانوناً .

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ الطعن ٧٠٥ لسنة ٥٠ ق س ٣٤ ص ١٦٩٢) .

ز - الاستناد إلى العرض والإيداع فى براءة الذمة من باقى الثمن ينطوى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على طلب القضاء بصحتهما .

(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ الطعن ٤٧ سنة ٥١ ق س ٣٥ ص ١٨٠٣) .

ح - إذا كانت الطاعة - البائعة - لم تقدم ما يفيد تمسكها بما جاء بالنص من عدم الوفاء إطلاقاً بالثمن الوارد بالعقد ، وهو دفاعه يخالطه واقع فلا تجوز آثاره لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٨١/٦/٩ الطعن ٧٤ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٧٥٧) .

ط - إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليهما باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة أول درجة وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجعتهم رغم رفضهم قبوله فإن ذلك يعد بمثابة عرض أبدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ اجراءات أخرى كإعلامه هذا العرض عملاً بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات السابق .

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ الطعن ٢٨ لسنة ٢٨ ق س ١٤ ص ٣٩٨) .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص فى هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بأن يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ، وهو الذى يتحمل نفقات الوفاء^(١) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن ، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ، فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة . ويتحمل نفقات الوفاء وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بعيد^(٢) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة^(٣) .

٣٩٢ - دفع الفوائد - النصوص القانونية : وتنص المادة ٤٥٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١٥ - لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره^(٤) .

(١) وكان هذا النص يقابل فى التقنين المدنى السابق : م ٤٠٦/٢٢٨ - يجب على المشتري وفاء الثمن فى الميعاد والمكان المعينين فى عقد البيع والشروط المتفق عليها فيه . م ٢٨٤ - ٣٥٦ - ومصاريف المبال والمصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الأحوال .

(والحكم واحد فى التقنينين السابق والجديد - أنظر أيضاً م ٥٧١ عراقى وم ٤٦٦ لبنانى)

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ فى الهامش .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ٦٠٣ و ٦٠٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فوائد قانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري ، أو إذا أسلمه الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره - م ٦٠٤ : للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت أن يصبح الثمن مستحقاً ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة من فقرتين للارتباط الوثيق بينهما ، واقترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري لثمر المبيع ونماؤه وجعل الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، واقترح تعديل مضاد يجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ، فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . وأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمها ٤٧١ فى المشروع الهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٨ - ص ١٣٩ و ص ١٤١ - ص ١٤٢) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى المادة ٤١٠/٣٣٠^(١) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٢٦ - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٤٧ - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٧٢ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادتين ٣٩٦ و ٤١٧^(٢) .

ويخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يمتلك المشتري ثمر المبيع ونماؤه متحماً نفقاته من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشتري للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضاً إن لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع . فنعرض

(١) التقنين المدنى السابق م ٤١٠/٣٣٠ : إذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن ، لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً ، أو كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى .

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إلا أن التقنين الجديد زاد الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ الخاصة بتملك المشتري لثمرات المبيع ، هذا إلى أنه لم يشترط لاستحقاق الفوائد أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفي أن يكون المبيع قابلاً لإنتاج الثمرات : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى - وأنظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣٧ - فقرة ٢٣٨) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٧ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٢ : ١ - لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشئ المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢ - والزيادة الحاصلة فى المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(ويتفق التقنين العراقى مع التقنين المصرى ، إلا أن التقنين العراقى لا يوجب الفوائد القانونية عن ثمن إلا إذا كان مستحق الأداء ، أما إذا كان الثمن موجلاً فالفوائد لا تكون إلا باتفاق على ذلك ولو سلم المشتري المبيع القابل لإنتاج الثمرات - أنظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٥ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٧ - فقرة ٥٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ٣٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تماماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف ومآثر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - محاطر العين المعية .

م ٤١٧ : أن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع - ما لم يكن هناك نص مخالف .

(ويتفق أحكام التقنين اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى فيما يتعلق بثمرات المبيع ونماؤه وتكاليفه . أما الفوائد فلم يرد نص فى شأنه فى التقنين اللبنانى ويبدو أن القواعد العامة هى الواجبة التطبيق فى هذه المسألة) .

إذن لهاتين المسألتين : (١) تملك المشتري لثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع وتحمل نفقاته من هذا الوقت (٢) دفع المشتري للبائع الفوائد القانونية للثمن .

٣٩٣ - تملك المشتري لثمر المبيع ونماءه وتحمله لنفقاته : قدما أن من النتائج التي تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشتري أن يكون ثمر المبيع ونماؤه للمشتري باعتباره مالكا له (١). وبينما أن استحقاق المشتري للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢).

ويتربى على ذلك أن المشتري لا يملك ثمر المبيع ونماءه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية المبيع . والملكية في الشيء المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أي من وقت تمامه ، إذا كان المبيع منقولاً . وتنتقل كذلك بالعقد إذا كان المبيع عقاراً على أن يسجل العقد ، فإذا ما سجل اعتبرته الملكية منتقلة - فيما بينه وبين البائع - بأثر رجعي من وقت تمام العقد (٣). فيخلص من ذلك أن المشتري يملك الثمرات والنماء ، في المنقول والعقار على السواء ، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ، من وقت تمام العقد كما يقول النص (م ٢/٤٥٨ مدني) (٤) (١). ويستوى في بيع العقار أن يكون

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٣.

(٣) أنظر ما قدمناه في هذه المسألة آنفاً فقرة ٢٨٣.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن من أثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري وبذلك تكون له ثمرته من تاريخ إبرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف ، وإذن فمضى كان الثابت في عقد البيع أن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع إنما التزم بدفعه رأساً إلى البنك المرتهن لأطيان البائع الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصماً من دين الراهن ، فإن ربح الأطيان المبيعة يكون من حق المشتري من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه ، حتى ولو لم يتم تنفيذ التزامه بدفع الثمن إلى البنك المرتهن (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١). وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن للمشتري الراسي عليه المزايا ما للمشتري العادي من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزايا عليه . فإذا لم يتم دفع الثمن طبقاً لشروط قائمة المزايا ، فللدائنين أو المدين في هذه الحالة لإرغامه على الدفع بالطرق الجبرية واحتساب فائدة على الثمن من يوم مرسى المزايا في حالة ما إذا كانت العين مثمرة أو من يوم تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً إذا لم تكن كذلك (استئناف أسبوط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٥ ص ٢٧١).

(١) نص الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - صريح في أن للبائع الفوائد القانونية عما لم يدفع من الثمن متى كان قد سلم المبيع للمشتري ، وكان هذا المبيع قابلاً لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وتجب هذه الفوائد بغیر حاجة إلى وجود اتفاق عليها ولا يفي المشتري بها إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بهذا الاعفاء ، ولم تشترط هذه المادة لاستحقاق الفوائد في هذه الحالة اعذار المشتري كما لم تفرق بين ما إذا كان الثمن الذي لم يدفع =

المبيع مسجلاً أو غير مسجل (١) ، ما دام للتسجيل أثر رجعي فيما بين المشتري والبائع كما قدمنا . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات » (١). أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، فقد رأينا أن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز ، ومن وقت الإفراز أيضاً يملك المشتري ثمرات المبيع ونماءه سواء تم التسليم عند الإفراز أو بعده . فإذا تراخى التسليم عن الإفراز كانت ثمرات المبيع ونماؤه الحاصلة من وقت الإفراز إلى وقت التسليم ملكاً للمشتري ، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول (٢).

وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية كالخضروات ولبن الحيوان ، والثمرات المدنية كالربيع والأجرة (٣). ويدخل أيضاً المنتجات (produits) ، وهي التي لا تتجدد ، كما هو

= حال الأداء ، أم مؤجلاً - وحكم هذه المادة يقوم على أساس من العدل الذي يأبى أن يجمع المشتري بين ثمرة البدلين - المبيع والثمن - وتعتبر استثناء من القاعدة المقررة في المادة ٢٢٦ من القانون المدني والتي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا عن دين حل أداؤه وتأخر الدين في الوفاء به ومن تاريخ المطالبة القضائية بها ، ومن ثم فلا يمنع من استحقاق البائع لفوائد الثمن أن يكون ما لم يدفع من الثمن مؤجلاً من الأجل أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالاً لسبب يرجع إلى البائع أو أن يكون للمشتري الحق في جلسة ما دام قد وضع يده على الأطيان المبيعة وكان في استطاعته أن يحصل على ثمارها .

(جلسة ١٩٨٧/١/٢١ الطعن ٢٠٨١ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ١٣٣ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٨٩٥)

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ١٠٦٨)

(جلسة ١٩٦٢/٦/١٤ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٣ ص ٨٠٨)

(١) يملك المشتري الثمرات والثمار من المنقول والعقار على السواء ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات من وقت تمام العقد وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ، يستوى في بيع العقار أن يكون مسجلاً أو غير مسجل لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري ولو لم يسجل العقد ومن ثم يكون للمشتري بعد عرفي صفة المطالبة ببيع الأرض مدة الاستيلاء عليها .

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٤ الطعن ٥٦١ لسنة ٥٠ ق)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٢) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمشتري ثمار المبيع من أي وقت آخر من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على تسليم ، فيجوز إذن أن يتفقا على أن يكون لإيجار الأطيان المبيعة للمشتري من تاريخ العقد الابتدائي ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الاتفاق على أن يكون تسليم الأطيان من تاريخ العقد الابتدائي (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود عقد إجارة ثابت التاريخ قبل البيع ليس من شأنه أن يمنع المشتري في الثمرة من تاريخ البيع ، فإذا كان المستأجر قد احتفظ بالأجرة فعليه أن يؤديها إلى

الأمر في المناجم والمحاجر ونحوها^(١).

ونماء المبيع ، ككبر الحيوان وسمه ونتاجه^(٢) ، يكون للمشتري من وقت تمام البيع كما في الثمرات .

ومتى ثبت للمشتري الحق في ثمرات المبيع ونماؤه من وقت البيع ، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك^(٣) ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغنم^(٤).

وغني عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو إلى وقت التسليم ، أو يشترط المشتري أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع إلى وقت التسليم^(٥) (١).

٣٩٤ - متى تستحق الفوائد القانونية على الثمن - وإذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالاً واجب الدفع فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً

= المشتري من هذا الوقت ، أما إذا كان قد أداها إلى البائع ، فعل البائع أن يردّها إلى المشتري (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا جاء في عقد بيع حصة من منزل وأن المشتري ينتفع بإيجارات حصته أثنى اشتراها ، وأن الإيجار الحالي لهذه الحصة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر للمشتري قبض حصته بموجب عقود الإيجار يحق له أن يخصم الإيجار الذي يخصه من ثمن المبيع^(١) ، واستدلّت المحكمة بذلك على أن المراد هو جعل المشتري مستحقاً لثمرة الحصة المبيعة مقدرة في السنة الأولى بما كانت هذه الحصة مؤجرة به أي مبلغ كذا ، ومقدرة فيما بعد في السنوات التالية بما تؤجر به في واقع الأمر وإن نقص عما كانت مؤجرة به في السنة الأولى ، ثم دعمت حكمها على مقتضى هذا التفسير بما يؤيده باعتبارات معقولة ، كان الحكم بعيداً عن رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ ص ٦٤٦).

(١) انظر م ٤١٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني أنفاً فقرة ٣٩٢ في الهامش .

(٢) قد يدخل نتاج الحيوان أيضاً في المنتجات .

(٣) انظر م ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني أنظر آنفاً فقرة ٣٩٢ في الهامش .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ - ص ١٤١ - وقد يقضى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلاً للبائع حتى وقت التسليم ، أو أن تكون الضرائب عليه إلى هذا الوقت .

(١) للمتعاقدین بعقد ابتدائي أن يتفقا على أن تكون الثمار للمشتري من تاريخ سابق على تسلمه المبيع أو على المبيع نفسه إذ أن هذا الاتفاق لا يحرّم القانون وليس فيه ما يخالف النظام العام .
(جلسة ١٩٦٤/٧/٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص ٨٩٥)

إلى وقت معين ، فانه لا يكون مستولاً عن فوائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدني :

أولاً - إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يدفع فوائد عن الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد قانونية ، وللمتعاقدین الاتفاق على سعرها بحيث لا يزيد هذا السعر على ٧٪ وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد الاتفاقية ، وتستوى في ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية . ويمكن بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر القانوني ، يكون سعر الفوائد في هذه الحالة ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجب حكم القانون بموجب الاتفاق^(١) . والاتفاق هو الذي يحدد من أي وقت تسري الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشتري للمبيع ولو لم يكن قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى^(٢) . ويغلب أن يتفق المتعاقدان على الفوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، فيشترط البائع على المشتري أن يدفع فوائد بسعر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، أي من وقت تمام البيع ، إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه^(٣) . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشتري دفع فوائد بسعر

(١) وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانوني وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بودري وسينيا فقرة ٥٢١ ص ٥٥٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) . وإذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانوني ، سرت الفوائد بالسعر المتفق عليه ، فإذا حل الثمن كان للبائع أن يعذر المشتري بالدفع ومن وقت الإعذار تسري الفوائد بالسعر القانوني لا بالسعر المتفق عليه (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ هامش رقم ٢٠ . ثالثاً - بودري وسينيا فقرة ٥٢٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩).

(٢) فإذا لم يحدد الاتفاق وقتاً لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويكون ذلك بوجه خاص إذا سبق البيع وعد بالبيع وكان هناك اتفاق على دفع فوائد عن الثمن دون أن يبين موعد سريانها ، فلا تسري هذه الفوائد إلا من وقت أن ينقلب الوعد بالبيع بيعاً تاماً (بودري وسينيا فقرة ٥٣٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ هامش ١) .

(٣) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بسعر معين عن ثمن مؤجل على أن تسري هذه الفوائد من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لا إلى وقت الدفع الفعلي . فتقطع في هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الأجل ، وللبائع بعد ذلك ، إذا أعذر المشتري أن يدفع الثمن أو سلمه المبيع وكان قابلاً أن ينتج إيرادات ، حتى في الفوائد القانونية من وقت الإعذار أو من وقت تسليم المبيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ ، ويشيرون إلى حكم لمحكمة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ سيريه ١٩٤٨ - ١ - ٢٣) .

والأصل أن الفوائد متى سرت ، في أية حالة من الحالات الثلاث التي تسري فيها الفوائد ، فإنها لا تنقطع إلا عند الدفع الفعلي للثمن أو عند استحقاق المبيع ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . ويعدل الدفع -

يتفق عليه حتى لو كان الثمن حالاً واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشتري في هذه الحالة أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فإن تأخر في دفعه كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يدخل في حساب جاز بين المشتري والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجاري .

ثانياً - فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تسليم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (١) (١) وليس ضرورياً

= الفعلي للثمن العرض الحقيقي والإيداع وفقاً للقواعد المقررة . ولا يقف سرعان الفوائد أمر آخر ، فلا تنقطع الفوائد بمجرد تحفظ على الثمن بوقعه دائن البائع تحت يد المشتري ، ولا بحبس المشتري الثمن في الأحوال التي يجوز له فيها ذلك (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ من ١٠٣ - بودري وسينا فقرة ٥٣١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ من ١٦٩ هامش رقم ٧) .

ويشترط لصحة العرض والإيداع ، حتى ينقطع سرعان الفوائد ، أن يكون العرض خالياً من أي شرط لا يحل للمشتري فرضه ، فلا يجوز أن يشترط المشتري في العرض إمضاء البائع لعقد البيع النهائي في حين أن المشتري سبق له أن حصل على حكم بصحة إمضاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإمضاء ويمكنه من تسجيل العقد (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ من ٦٧٩) .

(١) استئناف مصر ٥ يونيو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٣ - بني سويف الكلية ١٥ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٨١ - استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ١٢٩ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ من ٧ (ولا تخضع الفوائد للتقادم الخمسي لأنها تعويض) - أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٤١٢ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٤٥ من ٢٩٥ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ من ٦٦ (ولا تسقط الفوائد بالتقادم الخمسي) .

(١) - مفاد المادة ١/٤٥٨ من القانون المدني أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسليم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وهي فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدني فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقاً دورياً متجدداً .

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠ الطعن ٣٨٣ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ من ١٧٢٧)

(جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ من ١٠٦٨)

أ - فوائد الثمن لا تستحق للبائع إلا من تاريخ تسليم المشتري المبيع الثمر ، والعلة في ربط حق البائع في فوائد الثمن بتسليمه المبيع الثمر للمشتري هو عدم جواز جمع المشتري بين ثمرة البائعين - المبيع والثمن - وافتراس المشرع أن وسيلة المشتري إلى التمكن من الاستيلاء على الثمرات هي تسليمه المبيع فإنه في أية حالة يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على هذه الثمرات ولو لم يسلم المبيع فعلاً فإنه يلزم بدفع الفوائد بالسعر القانوني حتى لا يجمع بين الثمرات والفوائد فتتلف بالثمن والمبيع معاً . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده (المشتري) بثمرات المبيع عن

أن ينتج المبيع فعلاً ثمرات أو إيرادات ، بل يكفي أن يكون قابلاً لإنتاج ذلك (١) . فإذا كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري ، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشتري من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجراً أو لم تكن الأرض مزروعة أو مؤجرة . ويحسن التوسع في تفسير عبارة «ثمرات أو إيرادات أخرى» ، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسليم السيارة ولو أنها غير معدة للأجرة بل هي للاستعمال الخاص ، ذلك أن السيارة حتى لو كانت غير معدة للأجرة قابلة أن تنتج ربحاً (٢) . أما إذا كان المبيع أرضاً فضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك ، فهي غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات

= مدة سابقة على تاريخ وقاءه يباقي الثمن فإنه إذا رفض القضاء للطاعة (البائع) بفوائد ما لم يكن قد دفع له من الثمن وأجراء المقاصة بين هذه الفوائد وما يعادلها من الثمرات تأسيساً على أن المبيع كان تحت يده فإن الحكم يكون مخالفاً للقانون .

(جلسة ١٩٦٦/٦/٣٠ الطعن ٣٥٩ لسنة ٣١ ق س ١٧ من ١٤٩٠)

ب - متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى بفسخ المبيع أقام قضاءً على أن العقار المبيع الذي تسلمه المشتري ينتج ثمرات وأن المشتري قد اقتصر عند الإيداع على المبلغ الباقي عليه من الثمن دون أن يضيف إليه ما استحق من فوائد والتي لا يشترط في استحقاقها المطالبة بها قضائياً أو الاتفاق عليها بين أصحاب الشأن فإن ما قرره هذا الحكم صحيح في القانون .

(جلسة ١٩٥٢/٣/٦ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ١٠٧ ، من ٣٦٢)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن ١١٣٣ لسنة ٥٠ ق) .

(١) أما في التقنين المدني السابق - يجب وفقاً للمادة ٤١٠/٣٣٩ أن يكون المبيع ينتج فعلاً ثمرات أو أرباحاً أخرى . والعبرة بتاريخ تمام البيع ، فإن كان قبل ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ، وإلا فأحكام التقنين الجديد .

(٢) ونص التقنين المدني المصري (م ١/٤٥٨) يختلف عن نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٥٢) ، فقد ورد في نص التقنين المصري : «وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى» وورد في التقنين الفرنسي : «إذا كان الشيء المبيع الذي تم تسليمه ينتج ثماراً أو أي ربح آخر» (si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus) . ومن هنا يتسع النص المصري لما لا يتسع له النص الفرنسي . فحق المستأجر في الإيجار لا ينتج إيراداً في القانون الفرنسي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ من ١٦٨ هامش ٣) ، وهو قابل لذلك إذا كان يمكن الإيجار من الباطن في القانون المصري . ويذهب الفقه في القانون الفرنسي إلى أنه يجب الوقوف عند وقت البيع لمعرفة ما إذا كان المبيع ينتج إيراداً ولو كان عقد الإيجار ينتهي بعد البيع ، وكذلك الأرض المزروعة وقت البيع تنتج إيراداً ولو لم يستمر المشتري في زراعتها (بودري وسينا فقرة ٥٢٤) .

مستثلاً عن الفوائد إلا من هذا اليوم كما يقضى النص^(١).

ثالثاً - فإذا لم يسلم المشتري المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلاً أن ينتج إيراداً، ولم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن، فإن الفوائد لا تستحق على الثمن إلا في حالة واحدة هي أن يكون الثمن مستحق الوفاء^(٢)، وأعذر البائع المشتري أن يدفعه^(٣) فمن وقت الإعذار تجب الفوائد القانونية - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل

= (جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٤٢٣)

ب - إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن أجلاً لفداء به طبقاً للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدني هو من الرخص التي أطلق فيها الشارع لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، فلا يلزم بتسبب قضائه بمنع المشتري نظره الميسره أو يرفض هذا الطلب بما لا يقبل معه النص على الحكم المطعون فيه إقراره للمبررات التي أوردها الحكم المستأنف وعول عليها في قضائه بالمهلة.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق م ٣٢ ص ١٦٨٣)

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ٩٠٨)

(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ الطعن ٢٣ لسنة ٣٥ ق السنة ٢٠ ص ٣٢٥)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٨٥٩)

(١) ويقع هذا أيضاً عند فسخ البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع للمبيع، فتقاصر الثمرات في الفوائد إلى يوم الاسترداد (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤). أنظر مع ذلك الأستاذ سليمان مرقس في موجز البيع والإيجار فقرة ٢٧٤ ص ٣٧٤.

(٢) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلاً فحل أجله. وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي، فإن المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشتري دفع الفوائد من يوم الإعذار دون أن تميز ما إذا كان الثمن لا يزال مؤجلاً أو أنه قد حل (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ هامش رقم ٢١ - بودري وسينيا فقرة ٥٢٦). ولكن نص المادة ١/٤٥٨ من التقنين المدني المصري يذكر الفوائد القانونية للثمن، والفوائد القانونية لا تجب إلا عند التأخر عن الوفاء بالثمن بعد حلول أجله، فيجب إذن أن يكون إعذار المشتري بعد حلول أجل الدفع (الوسيط ٢ فقرة ٥١٠ ص ٩٠٢ هامش رقم ١). وأنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٦٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٩ ص ٢٢٢ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٦ ص ٣٥٨). فالبايع الذي يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يمكن قد أدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٦٨ ص ٥٤٢). أما التقنين المدني السابق (م ٤١٠/٣٣٠) فالتقنين المدني الفرنسي لم يخصص الفوائد بأنها الفوائد القانونية، لذلك أمكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالإعذار دون تمييز بين ما إذا كان الثمن حالاً أو مؤجلاً (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٣٧ ص ٤٣٩).

(٣) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تتضمن إعذاراً يدفع الثمن، فإذا قضى بالثمن على المشتري استحققت الفوائد من وقت هذه المطالبة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦).

التجارية - على الثمن، وتبقى هذه الفوائد سارية إلى يوم الدفع. وهذا استثناء آخر من القاعدة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية، فقد سرت هنا من وقت الإعذار بموجب نص خاص في القانون^(١).

ويخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن في الحالتين الآتيتين: (١) إذا كان هناك اتفاق على عدم دفع فوائد عن الثمن، فلا يدفع المشتري فوائد في هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلاً، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد، وحتى لو أعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حالاً. ولا تسرى الفوائد في هذه الحالة إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً للقواعد العامة. (٢) إذا لم يكن هناك أى اتفاق في شأن الفوائد، ولم يسلم البائع المبيع للمشتري أو سلمه إياه ولم يكن قابلاً لإنتاج إيراد^(٢) وإنما تستحق الفوائد في هذه الحالة إذا سلم البائع المشتري المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد، أو حل الثمن فأعذر البائع المشتري أن يدفعه.

٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

أ - الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٥٧ من التقنين المدني على ما يأتي:

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

٢ - فإذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على المبيع أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر. ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن، على أن يقدم كفيلاً.

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع^(٣).

(١) وغنى عن البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك، فيشترط المشتري على البائع ألا يدفع فوائد حتى بعد الإعذار.

(٢) نص مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٦ ص ٣٥٠.

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٦٠٦ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد: عندا بعض اختلاف لفظي، وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً، وأصبح رقمه ٤٧٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٥ و ص ١٣٧).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى ٤٠٧/ و ٤١١/٣٣١ - ٤١٢ (١).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٤ - ٥٧٦ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٨٧ و ٤٦٦ - ٤٦٧ و ٤٧٠ - ٤٧١ (٢).

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٩ فقرة أولى ٤٠٧/ : في حالة عدم وجود شرط صريح يكون الثمن واجب الدفع حالاً في مكان تسليم المبيع .

م ٤١١/٣٣١ - ٤١٢ : وإذا حصل تعرض للمشتري في وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع أو ناشئ من البائع ، أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشتري ، فله أن يحبس الثمن عنده إلى أن يزول التعرض أو السبب ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشتري .

(وتتفق أحكام التقنين السابق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٥ (مطابقة للمادة ٤٥٧ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ - ٢٢٤ و فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٢٩).

التقنين المدني الليبي م ٤٤٦ (مطابقة للمادة ٤٥٧ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٤ : ١ - يصح البيع بثمن حال أو مؤجل إلى أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى أقساط معلومة تدفع في مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف القسط في ميعاده يتعجل كل الثمن . ٢ - ويعتبر ابتداء مدة الأجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٥٧٥ : ١ - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلاً . ٢ - ويجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً في بيع سلعة ينقد إن أحضر البائع السلعة . أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معاً .

م ٥٧٦ : ١ - إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط العقد ، أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلًا . ٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن .

(وأحكام التقنين العراقي في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يضع مبدأ عاماً في البيع المطلق أن يكن الثمن مستحقاً بمجرد تمام البيع ، إما التقنين المصري فيحصل الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة العملية واحدة ، فوقت تسليم المبيع في البيع المطلق هو وقت تمام البيع . ويوجب التقنين العراقي على المشتري نقد الثمن أولاً ، ثم يسلم

ويخلص من هذا النص أن الثمن يكون واجب الدفع وقت تسليم المبيع ، وهذا حكم ليس من النظام العام فيجوز أن يخالفه اتفاق أو عرف ، وعندما يصحح الثمن مستحق الدفع يجوز للمشتري حبه عن البائع في بعض أحوال معينة وبشروط معينة . فنبحث إذن : (١) متى يكون الثمن مستحق الدفع (٢) حبس المشتري للثمن .

٣٩٦ - متى يكون الثمن مستحق الدفع : تقضي القواعد العامة بأنه «يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك» (م ١/٣٤٦ مدني) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد في حالة الالتزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

وقد وجد هذا النص فعلاً ، وهو النص الذي نحن بصدد أي المادة ٤٥٧ مدني سالف الذكر ، ويقضي بأن يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، وذلك «حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد» كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (١) .

= البائع المبيع له بعد ذلك = وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٦ و فقرة ٢٩١ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٣ - فقرة ٥٥٦ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٨٧ : إذا لم يذكر في عقد البيع مواعيد دفع الثمن ولا شروط هذا الدفع ، عد البيع نقداً بلا شرط .

م ٤٦٦ : يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ وعلى الوجه المعينين في العقد . وبعد البيع نقداً ، كما جاء في المادة ٣٨٧ ، ويلزم المشتري بدفع الثمن عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وتكون مصاريف الدفع على المشتري .

م ٤٦٧ : إذا منحت مهلة لدفع الثمن ، فلا تبعدى إلا من تاريخ إنشاء العقد إذا لم يعين الفريقان تاريخاً آخر .

م ٤٧٠ : إن المشتري الذي تعرض له الغير أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع ، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض . على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضماناً كافياً لرد الثمن ومصاريف العقد القانونية إذا نزعته به عن المبيع . وإذا كان هذا التعرض مقصوراً على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يتناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشروطاً على الرغم من كحل تعرض ، وإذا كان المشتري عالماً وقت البيع بخطر نزع الملكية منه .

م ٤٧١ : تطبيق أحكام المادة السابقة في حالة اكتشاف المشتري لعييب في المبيع يوجب رده (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ .

فاذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فوراً بمجرد تمام البيع^(١) ، ومن ثم يكون الثمن أيضاً مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع^(٢) ، ونكون بذلك قد رجعنا إلى تطبيق القواعد العامة التي سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع وقت فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا ، ولكن يحدد لدفع الثمن وقت فيتفق المتعاقدان على أن يدفع في نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطاً كل قسط في ميعاد معين ، فيجب في هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها^(٣) مع تسليم المبيع فوراً بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين ، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد لتسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجباً فوراً بمجرد تمام البيع .

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التي رأيناها تقضي بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتبه في ذمة المدين أي بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون^(٤) كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الدفع

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٩ .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً ؛ ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن وللمشتري ثمرات المبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧) .

(٣) استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٢٧ .

(٤) وهذا بخلاف ما إذا حدد المتعاقدان وقتاً لدفع الثمن ولم يحدداً وقتاً لتسليم المبيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فوراً ودفع الثمن في الوقت المحدد (بودري وسينيا فقرة ٤٩٤ ص ٥٣٥) . أما إذا كان الأجل المعطى لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلاً تفضل به البائع ، عاد اقتران وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع إلا في الوقت الذي يقضى فيه الثمن (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

وإذا كان المبيع متعددًا وذكر في العقد أن يسلم بعضه في وقت وبعضه في وقت آخر ، فإن الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بسببه هذا الجراء . أما إذا لم يذكر في العقد وقتان مختلفتان لتسليم المبيع ، فإن المشتري لا يدفع شيئاً من الثمن إلا إذا تسلم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كاملاً (بودري وسينيا فقرة ٥٠٠) .

ويلاحظ أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروضة فيها أن الثمن يدفع للبائع لو تقرر تسليمه

إلا في الوقت الذي حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط في الميعاد الذي حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع^(١) ، أما المبيع فيسلم في الوقت الذي حدد لتسليمه^(٢) .

= إذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن لشخص آخر كدائه ، فإن وقت دفع الثمن يفصل في هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، وما لم يتفق على ميعاد لدفع الثمن إلى الأجنبي ، فإن دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (بودري وسينيا فقرة ٥٠١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٦ ص ١٦٦) .

وإذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم ، وعرض البائع على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ، وتخلف المشتري عن دفع الثمن ، فالحكم الذي يسلم بأن البيع يصبح لاغياً ومفسوخاً من تلقاء نفسه طبقاً لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز النسي عليه بأنه رتب على تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل ، ولا يكون منتجاً النسي على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٦ ص ٢٠٤) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالا بمجرد تمام البيع ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم في الحال . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتمتع اتباعها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بميعاد التسليم فيحل القسط الأول من الثمن عند تسليم المبيع وتحل الأقساط الباقية في مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الأقساط الباقية هو الوقت الذي يتم فيه التسليم فعلاً ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لائحة بيع أراضي بلدية الإسكندرية أن الميعاد الذي أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو ميعاد الميعاد الذي أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متماثلان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التي رسا مزادها على المشتري ودفع ثلث الثمن في الخمسة الأيام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس في شأن هذا التسليم ، ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة أولاً ، وتم تسليم كل ما بيع من الأرض في تاريخ معين ، فإن ميعاد الاستحقاق القسط الأول من باقي الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذي حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٣ ص ٢٧٣) .

(١) متى كانت محكمة الموضوع إذ عرضت في أسباب الحكم لبحث مدى قيام كل من الطرفين بالتزامات عقد البيع بدأت بحث التزام البائع بالتسليم وانتهت إلى أنه عرض على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ونفت عنه شبهة التقصير في الوفاء بهذا الالتزام ثم عرضت لالتزام المشتري بدفع الثمن فسلجت عليه تخلفه عن الوفاء بهذا الالتزام المقابل على الرغم من عرض المبيع عليه عرضاً حقيقياً ، فإنه يكون غير منتج النسي على الحكم بأنه يجب الوفاء بالتزامين في وقت واحد ويكون غير صحيح القول بأن محكمة الموضوع رتب على تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل .

(جلسة ١٩٥٨/٣/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٢٠٤)

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ الطعن ١٥٠ لسنة ٤٩ ق ص ٣٤ ص ١٠٩٩)

٣٩٧ - حبس المشتري للثمن : ومتى أصبح الثمن مستحق الدفع على النحو الذي يبياه، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبراً عنه ، إلا أن المشتري وفقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدني سألقة الذكر، يحق له أن يحبس الثمن ولو كان مستحق الدفع إذا وقع له تعرض في المبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وحده بالمبيع عيباً يوجب ضمان.

فوقوع تعرض بالفعل للمشتري في المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، ويجوز في الوقت ذاته ، إذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، أن يحبس حتى لو كان مستحق الدفع كما قدما (١). ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشتري أن يحبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع. ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشتري ، كما يشترط ذلك في تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفي أن يكون عند المشتري أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض (١)(٢). فلو كشف أن ملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط فاسخ وخشى أن

(١) ويجب أن تكون الأسباب جدية ، فالتوهم لا يكفي (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص (٣٣١) . ولا يكون طلب الشفعة سبباً كافياً لحبس المشتري الثمن ، فإذا لم يدفع من يطلب الأخذ بالشفعة الثمن إلى البائع ، وجب على المشتري نفسه دفعه إليه (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧) . ولا يكفي كذلك مجرد إعلان الراسي عليه المزارد بسبب الاستحقاق (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٧) . وإذا مضى وقت كاف لتملك المشتري المبيع بالتقديم ولم يعد يخشى التعرض ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢٧) . ولا يكفي ظهور عجز في المقدار لحبس كل الثمن ، ويكفي في هذه الحالة حبس ما يقابل العجز من الثمن (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٤٥) . وليس للمشتري أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعات لم تحل وتكفي لتغطية ما هو مهدد به من استحقاق جزئي (استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦) . وإذا لم يحبس المشتري دفعه من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفع الأخرى التي تستحق بعد ذلك (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) . وللمشتري حبس الثمن إذا كان البائع قد ملك المبيع بمرور المزارد ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدداً بإعادة المزارد عليه (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٥ ص ١٦٣) . وللمشتري أن يحبس الثمن لمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أي حق آخر على المبيع يهدده (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٨١١ - ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يقوم البائع بشطب التسجيلات التي تعهد بشطبها (استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨) .

(١) أ - تمسك الطاعن بحقه في حبس الثمن لإتيان الشركة المطعون ضدها وتابعها أفعالا مادية أبحاث وصول المياه لأرضه بما يكفي لزراعتها . النفات الحكم عن بحث هذا الدفاع الجوهري والقضاء بالفسخ على قوله تنازل الطاعن عن حقه في الحبس وانتفاء مسئولية الشركة خطأ وقصور . (جلسة ١٩٩٧/١٢/١٧ الطعن ١٤٨٤ لسنة ٦٦٦ ق) .

يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط فاسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ، أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهدداً بالفسخ (١) أو أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلاً للمشتري في انتفاع بالمبيع ، بل لو وجد أن هناك قيوداً (inscriptions) على المبيع لم تشطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٤) إذ من حقه أن يطلب من

= ب - من المقرر أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا كان الالتزامات مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وأن المشرع أجاز تطبيقاً لهذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ من القانون المدني للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله وقضاء محكمة النقض قد جرى أن تقدير جدية السبب الذي يولد الخشية في نفس المشتري من نزع المبيع من تحت يده يعتبر من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض متى أقام قضاؤه على أسباب سائفة .

(جلسة ١٩٩٩/٥/٩ الطعن ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٢ الطعن ١١٩٢ لسنة ٤٧ ق السنة ٣٢ ص ١٢١٢)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ الطعن ٥٤٢ لسنة ٤٢ ق السنة ٣١ ص ٢١٦٣)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٠ الطعن ٧١١ لسنة ٤٧ ق السنة ٣٢ ص ٤٧٣)

(٢) المادة ٤٥٧ من القانون المدني لم تقصر حق المشتري في حبس الثمن على حاله ووقوع تعرض له بالفعل ، وإنما أعطته هذا الحق ، أيضاً ولو لم يتعرض له أحد بالفعل إذا تبين وجود سبب جدى يخشى معه نزع المبيع من يده حتى يزول هذا السبب .

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ الطعن ٥٧٨ لسنة ٦٠ ق ١٥٢٥ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٨١/١/٢٢ الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٧ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠ الطعن ٤٦٩ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٧٧/١١/١٧ الطعن ٣٧٠ لسنة ٤٤ ق)

(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام القضاة السنة ٢٦ ص ١٦٠٦)

(١) وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحيفة قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه .

(٢) استئناف وطني ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ .

(٤) بودري وسينيا فقرة ٥٠٦ - ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قيمة لها إطلاقاً (بلائيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٧٢ هامش ٤) ، وهذا إذا لم يكن المشتري قد اشترط في عقد البيع شطب القيود قبل دفع الثمن . وإذا كان المشتري على غير بينة من أمر دين ثابت مسجل على العين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أحله في إجراءات نزع الملكية التي أوشكت على .

البائع شطب هذه القيود (١). ففي كل هذه الأحوال تقوم عند المشتري أسباب لا يحسن معها نزع المبيع من يده ، وإذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمنية التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فإنه يستطيع مع ذلك أن يحبس المشتري. كذلك لو كشف المشتري عيباً في المبيع وكان من العيوب التي توجب الضمان على النحو الذي قدمناه في ضمان العيوب الخفية ، فإن للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس المشتري. على أنه يشترط لحواز حبس المشتري في جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري يقضي بأنه لا يحق للمشتري حبس المشتري لسبب من هذه

= التمام ، وذلك لأن إشارة البائع في العقد إلى حق الامتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتفيد إلا أنه مجرد حق مزعوم ، فالمشتري محق في حبس باقي المشتري ، ولا يؤبه لما نص عليه العقد من أن وجود الحق الذي يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقي المشتري إذ يعتبر هذا شرطاً قائماً على الفسخ (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥).

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يكفي لتحويل المشتري حق حبس المشتري. وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على العين المبيعة لا يخلو المشتري حق حبس المشتري حتى يتحقق من خبونها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع. فإن القانون ، إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهددها ، قد ألزمه بتسليم المشتري. ومتى كان المشتري هو الذي امتنع بعد إنذاره رسمياً عن دفع الباقي من المشتري مقابل شطب التسجيل الذي كان يهدده ملكيته ، ثم لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبحكم العقد ، فلا يصح اعتبار البائع مقصراً في الوفاء بالتزاماته قبله (نقض مدني ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨).

وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع منه لأن حقه في استرداد ما دفعه من المشتري إلى البائع مضمون قبل الشفيع مما لا يجوز له حبس المشتري ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثاني للعقار الذي لم يحتصم في دعوى الشفعة ، إنما يكون في هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزع ملكيته منه. وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثاني حبس المشتري ، حتى يفصل في دعوى الشفعة (نقض مدني ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣).

كذلك للمشتري حبس المشتري إذا لم يقم البائع بتطهير العين في الميعاد المستخلص من شروط العقد ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشتري للمشتري. وقد قضت محكمة النقض بأن إذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير العين من الدين الذي عليها بأن تعهده بذلك لم يمين له في العقد وقت يجب إتمامه فيه ، فأحابت المحكمة على ذلك بأنها رأته من الأوراق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى أن كلا الطرفين التزم بما تعهد به مقابل التزام الآخر بتعده ، وأن التطهير كان يجب أن يتم من جانب البائع في ميعاد غايته اليوم الذي حدد لاستحقاق القسط الأخير من باقي ثمن المبيع ، وكان ما أوردته المحكمة في هذا الصدد من شأنه أن يؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا معقب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥).

الأسباب. ذلك أن حق حبس المشتري ليس من النظام العام ، بل هو قد تقرر لمصلحة المشتري ، فللمشتري أن ينزل عنه قبل قيام سببه أو بعد قيام هذا السبب (١). ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس المشتري أن يكون هناك سبب يقضي بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه ، فإنه لا يكون هناك محل لحبس المشتري عنه إذ أن المشتري مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (٢).

فإذا توافرت الشروط التي قدمناها ، كان للمشتري أن يحبس المشتري عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا (١). ولكن يجب ألا يكون المشتري قد دفع المشتري إلى البائع ،

(١) ولما كان المشتري ينزل بهذا الاتفاق عن حق له ، فإنه يجب أن يكون النزول واضحاً لا لبس فيه شأن النزول عن أي حق . فلا يكفي وعد المشتري بعد كشفه قيام سبب لحبس أن يدفع المشتري في ميعاد معين ، فقد يحمل هذا الوعد على أن المشتري أراد أن يفسح الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس. كذلك لا يكفي أن يكون المشتري قد تعهد بدفع المشتري لأجنبي لسقوط حق الحبس ، فإن المشتري يستطيع أن يحتج بحقه في الحبس تجاه الأجنبي كما يحتج به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يكفي أن يقبل المشتري حوالة البائع للمشتري ، فالقبول وحده لا يستخلص منه نزول المشتري عن حقه في الحبس ، فإذا اقترن بظروف تفيد هذا القبول سقط حق المشتري في الحبس (بودري وسينيا فقرة ٥١٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١).

كذلك لا يكفي علم المشتري وقت البيع بخطر نزع الملكية منه حتى يحرم من حق المشتري ، وإن كان التقنين اللبناني (م ٤٧٠) ينص على أن ذلك يكفي. ذلك أن علم المشتري بسبب الاستحقاق في القانون المصري لا يكفي لسقوط ضمان الاستحقاق عن البائع ، فلا يكفي هنا أيضاً لسقوط حق حبس المشتري عن المشتري. وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشتري بسبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس ، أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن الحبس ، وذلك على حسب ما ينشئ به واقع الدعوى (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضاً بودري وسينيا فقرة ٥١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١).

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلية عن البائع ، أما إذا كان لا يزال ملزماً بدفع قيمة المبيع فإن للمشتري الحق في حبس المشتري (بودري وسينيا فقرة ٥١٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١).

(١) أ - لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع منه لأن حقه في استرداد ما دفعه من المشتري إلى البائع مضمون قبل الشفيع مما لا يجوز له حبس المشتري ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثاني للعقار الذي لم يحتصم في دعوى الشفعة ، إنما يكون في هذه الحالة مقطوع الصلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون العقار المشفوع فيه قد نزع ملكيته منه ، وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثاني حبس المشتري ، حتى يفصل في دعوى الشفعة .

(جلسة ١٩٥٧/٤/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٣٥٣)

(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن ٤٧٦ لسنة ٤٧ ق ٣١ ص ١٦٦٣)

فإذا كان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه ^(١) ، ويكون حق الحبس قد سقط بالدفع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالماً بقيام سبب لحبسه ^(٢) . فإذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبسه كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع أن يطلب منه دفعه ، بل لا يستطيع أن يطلب منه إيداعه خزانة المحكمة ^(٣) . فالمشتري حر إن شاء حبس الثمن في يده وبقي ديناً في ذمته ، وإن شاء أودعه خزانة المحكمة وبرت ذمته منه ^(٤) . غير أن له مصلحة في إيداعه خزانة المحكمة بدلاً من حبسه في يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضاً لقطع سريان الفوائد إن كانت مستحقة على الثمن ، فإن الفوائد لا تنقطع إذا بقي الثمن في ذمته ولو كان حائساً له ^(٥) كما

ب - علم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محبطاً بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمداً على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته ما دام لم يشتر ساقط الخيار .

(جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ من ١٦٠٦)

(جلسة ١٩٨١/١١/١٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٢ من ٢٠٥٢)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٦ الطعن ١٢٥٢ السنة ٥٠ ق س ٣٥ من ١١٨٦)

(جلسة ١٩٩٠/١١/١٥ الطعن ٢٢٧١ لسنة ٥٨ ق)

ج - إذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للمقار المبيع كان من حق المشتري أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه .

(جلسة ١٩٩٠/٧/٣١ الطعن ١٧٥٨ لسنة ٥٩ ق)

د - المحكمة لا تملك أعمال أحكام حق الحبس ما لم يطلبه صراحة صاحب الحق فيه

(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن ٤٧٦ لسنة ٤٧ ق س ٣١ من ١٦٦٣)

(١) وإذا سئم المشتري الثمن للمحامي الذي يتولى كتابة العقد أو للوسيط ، فإن كان سلمه له معتبراً إياه وكيلًا عن البائع لم يستطيع استرداده ، أما أن كان سلمه له معتبراً إياه وكيلًا عنه لتسليمه إلى البائع بعد الكشف عن العقار جاز له أن يسترده (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ققرة ٤٣٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ٢٩٤ من ٣٣٧ - من ٣٣٨) .

(٢) بودري وسينيا ققرة ٥٠٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ١٥٠ .

(٣) بودري وسينيا ققرة ٥٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ١٥٢ - أوبري ورو ٥ ققرة ٣٥٦ من ١٠١ .

(٤) ويستطيع بعد إيداعه خزانة المحكمة ، وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده ويحبسه في يده (بودري وسينيا ققرة ٥١١) .

(٥) نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ من ٦٧٩ - استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ - استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١٧٦ .

بل لا يستطيع المشتري حبس الفوائد مع الثمن ما لم يكن قد حرم من الانتفاع بالمبيع فعند ذلك يحق له حبس الفوائد أيضاً (بودري وسينيا ققرة ٥١٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ١٥٢ - قارن لوران ٢٤ ققرة ٣٢٧ - وانظر استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٦٨) .

قدمنا ، وتنقطع ^(١) إذا هو أودعه خزانة المحكمة ^(٢) . وإذا قام سبب الحبس في بعض المبيع لا في كله ، بأن وقع تعرض في جزء من المبيع أو خشي المشتري وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشتري أن يحبس كل الثمن ، بل يحبس جزءاً منه يتناسب مع الخطر الذي يتهدده . فيحبس ، مثلاً ما يساوي الدين المضمون بالرهن أو يعدل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهدد بالاستحقاق ^(٣) . وحق المشتري في حبس الثمن على النحو الذي قدمناه يحتاج به المشتري ، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضاً تجاه الغير كما إذا حول البائع الثمن فإن للمشتري أن يحتاج بحق الحبس تجاه المحال له حتى لو كان المشتري قد قبل الحوالة ما لم يستخلص من هذا القبول نزوله عن الحق في الحبس ^(٤) .

وحق المشتري في حبس الثمن ، وإن ورد فيه نص خاص (م ٣٢/٤٥٧ مدني) ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ exception on adimpleti contractus وللحق في الحبس بوجه عام droit de rétention ^(١) . فالتزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله

(١) ولكنها لا تنقطع إذا كان الإيداع غير صحيح (نقض مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ من ٥٣٤) ، أو كان قد أودع الثمن وحجز عليه دائر البائع وبقي مودعاً بسبب معارضة منه في التوزيع الوقتي أو النهائي ونبين أن المعارضة لا أساس لها (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ من ٩٨) .

(٢) أوبري ورو ٥ ققرة ٣٥٦ من ١٠١ - بودري وسينيا ققرة ٥١٩ . وانظر آنفاً ققرة ٣٨٤ في الهامش .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ١٤٩ من ١٧٣ - وإذا اختلف المشتري مع البائع على القدر الذي يحبسه من الثمن قدرت المحكمة هذا القدر وتستأنس في ذلك عند الحاجة برأي الخبراء (بودري وسينيا ققرة ٥١٨ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ٢٩٤ - الأستاذ محمد علي إمام ققرة ٢٣٨ - وقارن الأستاذ جميل الشرفاوي من ٢٩٨) .

وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني نص (م ٤٧٠) يقضي بأنه إذا كان التعرض مقصوراً على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم . (انظر آنفاً ققرة ٣٩٥ في الهامش) .

(٤) بودري وسينيا ققرة ٥٠٧ .

(١) أ - أحقية البائع لاقتضاء باقي ثمن المبيع وحق المشتري في حبسه وجهان متقابلان لشرع واسع والقضاء بأحقية البائع لباقي الثمن وبالزام المشتري بإدائه يندرج فيه حتماً القضاء بأن المشتري لا يحق له أن يحبسه وتكون دعوى المشتري بأحقية في حبسه خشية استحقاق المبيع كله أو بعضه للغير عودة لا تجوز إلى ذات النزاع الذي حاز القضاء السابق فيه قوة الأمر المقضي وإلا انقلب دفعه بعدم تنفيذ التزامه إلى دفع بعدم تنفيذ الحكم الصادر ضده .

(جلسة ١٩٧٤/٢/١١ الطعن ٣١٩ لسنة ٢٨ ق س ٢٥ من ٣٢٧)

ب - وإن كان يحق للمشتري حبس الثمن إذا وقع تعرض له بالفعل أو إذا تبين وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده إلا أن ذلك مشروط ألا يكون المشتري قد نزل عن هذا الحق -

(ب) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٢٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٤٩٦/٣٢٨ و ٣٢٩ فقرة ٢ و ٤٠٨/٣ - ٤٠٩ (٢) .

= قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيود (بودري وسينيا فقرة ٥١٦) كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع من الرهن ووجب لذلك أن يستبقى الثمن في يده لعرضه على الدائن المرتهن (بودري وسينيا فقرة ٥١٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٣) .

وإذا كان البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن ، أغنى عن تقديم الكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن خزانة المحكمة على ذمة الدائنين لنفوذ بدوهم وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشتري تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثاني منه ، وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم بإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيههم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب ، مؤسسة حكمها على مجرد أن المشتري استخرجوا في نفس الشهر الذي حصل فيه البائع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة بأثني عشر تسجيلاً أريت على ألقى جنيه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشتري في حبس الثمن لمثل خطر نزع الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون . إذ الإيداع بالخزنة هو خير كفالة يمكن أن يطلب بها المشتري ، فعليه متى طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يعد عذراً في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة «سلم فيه المبيع» الواردة في الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع التمهيدي «يسلم فيه المبيع» . وعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٤٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ - ص ١٢٤) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٠٦/٣٢٨ : يجب على المشتري وفاء الثمن في الميعاد وفي المكان المعينين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه .

م ٢٢٩ فقرة ٢ و ٤٠٨/٣ - ٤٩٩ : وإذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعه في محل المشتري ، ومع

التزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشتري ، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشتري تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية النافعة ، كان له أن يقف بتنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه (١) .

ويبقى حق المشتري في حبس الثمن قائماً ، ولا يسقط إلا بأحد أمرين : (١) إذا زال سببه ، فانقطع التعرض بزول التعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر بأن دفع البائع مثلاً لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذي كشفه المشتري في المبيع أو عوضه عنه التعويض الكافي أو حسم النزاع في شأنه . (٢) إذا قدم البائع للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض .

= بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله .

(جلسة ١٩٨٢/٦/١٥ الطعنات ٥٩٨ و ٦٧٢ لسنة ٤٠ ق م ٣٣ ص ٧٥٧)

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : «وحق الحبس هذا ليس إلا تطبيقاً للحق في الحبس وللدفع بعدم تنفيذ العقد وهما مقرران في القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

على أن هناك توسعاً في مبدأ الدفع لعدم التنفيذ إذا كان حق المشتري في حبس الثمن يرجع ، لا إلى تعرض فعلي أو عيب كشفه المشتري ، بل إلى مجرد خشية المشتري من أن ينزع المبيع من يده ، فهنا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هنالك أنه يخشى من عدم إمكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لا تجيز الدفع بعدم التنفيذ في تطبيقاته العامة ، وتجزئه هنا في هذا التطبيق الخاص (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٨ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبدالمنعم البدر أوى ص ٥٤٩) . ومن ناحية أخرى فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة في المادة ٢/٤٥٧ و ٣ مدني ، فيصح للمشتري أن يحبس الثمن إذا تعرض له البائع شخصياً أو إذا لم يتم بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية أو إذا لم يسلم المبيع أو إذا لم يتم بأي التزام آخر نشأ في ذمته من عقد البيع (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٩٩ ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ - استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٣ - أول أبريل سنة ١٣١٤ م ٢٦ ص ٣٠٣ - ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٣ .

وتقدم الكفالة في حدود الثمن الجائر حسه ، فإذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة واجبة إلا بمقدار الثمن فهو وحده الذي يحقق للمشتري أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع إذا كان للاسترداد محل . وتقديم الكفالة من حق البائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطيع المشتري إجباره على ذلك ، وليس له إلا حبس الثمن (بودري وسينيا فقرة ٥١٥) . وإذا كان هناك اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيود المتخذة على المبيع ، كان للمشتري ألا يدفع الثمن ولو =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٧٣ - ولا مقابل لها في تقنين الموجبات والعقود اللبناني

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن يتعين التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع . (٢) حالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع .

٣٩٩ - الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع : يخلص مما قدمناه في تحديد الوقت الذي يجب فيه الوفاء بالثمن أن الثمن يكون مستحق الدفع وقت تسليم المبيع في الفروض الآتية :

(١) إذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا الدفع الثمن ، فعندئذ يكون تسليم المبيع واجباً وقت تمام البيع ، وفي هذا الوقت أيضاً يكون الثمن مستحق الدفع .

(٢) إذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع الثمن .

(٣) إذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع الثمن ، فعندئذ يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع .

ففي هذه الفروض جميعاً ، ما دام الثمن يدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، فإنه يدفع أيضاً في المكان الذي يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين المتقابلين في وقت

= ذلك برأى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجاري .

(ولم تذكر هذه النصوص أن مكان الوفاء بالثمن هو نفس مكان تسليم المبيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم المبيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمناً من مقصود .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٤ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصري . وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ منصور الزرقا فقرة ٢٢٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٥ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٣ : إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في مكان المشترط أدائه فيه ، فإذا لم يمين المكان وجب أدائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك .

(وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٢ وفقرة ٢٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٠ - فقرة ٥٢٢)

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد نص مقابل ، فتسرى القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن يكون الوفاء بالثمن في موطن المشتري (م ٣٠٢ لبناني) ، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك .

واحد وفي مكان واحد (١) . وقد قدمنا أن تسليم المبيع يكون في المكان الذي يوجد فيه عند تمام البيع ، فإذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت وجب تسليمه في موطن البائع (٢) .

ويترتب على ذلك أنه في الفروض السالف ذكرها - حيث يكون الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع - يجب دفع الثمن إما في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع إذا كان له محل وجود ثابت ، وإما في موطن البائع إذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت ، وبذلك يتم تسليم المبيع (٣) ودفع الثمن في وقت واحد وفي مكان واحد . وسواء دفع الثمن في المكان الذي يوجد فيه المبيع أو دفع في موطن البائع ، ففي الفرضين يكون الحكم استثناء من القواعد العامة ، وهي تقضي بأن يكون وفاء الالتزام - وهو هنا الثمن أي مبلغ من النقود - في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (م ٢/٣٤٧ مدني) . فهنا قد دفع الثمن ، لا في موطن المدين وهو المشتري أو في مركز أعماله ، بل دفع إما في مكان وجود المبيع وإما في موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

٤٠٠ - الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع : ويكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع في الفرضين الآتيين :

(١) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، ففي هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجباً بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجباً في الوقت الذي حدده له .

(٢) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين في وقتين مختلفين .

وعندئذ - في الفرضين المتقدمين - تنتفي الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحداً أيضاً حتى

(١) فإذا كان المشتري هو الذي يطلب المبيع وجب عليه أولاً أن يدفع الثمن ، وإذا كان البائع هو الذي يطلب الثمن وجب عليه أولاً أن يسلم المبيع (أنسيكلوبيدي دالور ٥ لفظ vente فقرة ١٥٨١) . وإذا أرسل البائع السلعة إلى المشتري في مقابل دفع ثمنها (contre remboursement) فمكان تسليم المبيع ودفع الثمن هو موطن المشتري (أنسيكلوبيدي دالور ٥ لفظ vente فقرة ١٦١٣) .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٣١٠ .

(٣) ولا بد أن يتم التسليم فعلاً في المكان الذي يدفع فيه الثمن ، حتى يكون تنفيذ كل من الالتزامين المتقابلين في مكان واحد . وهذا ما يعلل أن عبارة «يسلم فيه المبيع» التي كانت واردة في نص المشروع التمهيدي قد عدلت في لجنة المراجعة فأصبحت «سلم فيه المبيع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ - وأنظر أنفاً فقرة ٣٩٨ في الهامش) .

وكل هذا أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه (١).

المطلب الثاني

جزاء الأخلال بالتزام الوفاء بالثمن

٤٠٩ - تطبيق القواعد العامة : إذا أخل المشتري بالتزام الوفاء بالثمن، كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الإخلال . فالبيع عقد ملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع . فإذا لم يوف المشتري بالتزامه، جاز للبائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ جبراً على ماله بالثمن ويستطيع بوجه خاص أن ينفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح فيه ملك المشتري وله عملية حق امتياز البائع فيتقدم فيه على سائر دائئى المشتري . وجاز للبائع أن يطلب فسخ البيع تطبيقاً لقواعد الفسخ المقررة فى العقود الملزمة للجانبين (٢) . وجاز للبائع أخيراً، إذا كان لم يسلم المبيع إلى المشتري، أن يحبس فى يده حتى يستوفى الثمن، تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضاً فى العقود الملزمة للجانبين . وهذه الجزاءات المختلفة - التنفيذ الجبرى وحق الامتياز وحبس المبيع وفسخ البيع - لها أهمية عملية بالغة فى البيع بوجه خاص ، لما لهذا العقد ذاته من أهمية عملية بالغة أشرنا إليها منذ البداية (٣) .

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن : «إذا كان المكان قد كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون موطن المشتري وقت الاستحقاق الثمن، وهذا ما قرره المشروع فيما إذا كان مستحقاً فى هذا الوقت ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفى مكان هذا التسليم . كل هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو لم يتم بالالتزامات الأخرى التى نشأت من عقد البيع ، فالبيع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع» . والنص مقتبس من المادة ٤١٣/٣٣٢ من التقنين المدنى السابق ، ونص على أنه «إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشتري بدفع الثمن» . وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ فى الهامش و ص ١٤٩ فى الهامش) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٥٨١ من التقنين المدنى العراقى وأنظر استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٥ .

(٣) المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥١ - ص ١٥٢ و ص ١٥٤ .

لا يسلم المبيع ويدفع الثمن فى وقت واحد وفى مكانين مختلفين . أما الآن والثمن فى وقت غير الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة فى أن يدفع فى المكان الذى يسلم فيه المبيع (١) . ومن ثم وجب الرجوع فى هذين الفرضين إلى القواعد العامة التى تقضى كما رأينا بأن دفع الثمن يكون فى موطن المشتري أو فى مركز أعماله وقت استحقاق الثمن . وهذا ما نصت عليه فعلاً الفقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدنى إذ تنص : «فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن» (١) . فليس هذا النص إلا تطبيقاً للقواعد العامة التى تقدم ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، إذا كان البيع متعلقاً بالأعمال التى يمارسها المشتري عادة وبخاصة إذا كان يبيعاً تجارياً ، هو مركز أعمال المشتري (م ٢/٣٤٧ مدنى) .

(١) لكن إذا كان الأجل الممنوح للمشتري لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلاً تفضل به عليه بغيره بقى المشتري ملتزماً بدفع الثمن فى المكان الذى تسلم فيه المبيع وإن كان يدفعه فى وقت غير وقت تسليم المبيع (جوار ٢ فقرة ٥٦٠ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٠ - بودرى وسينا فقرة ٤٩٦ - بلانيول وريير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

(١) أ - يدل نص المادة ٤٥٦ من القانون المدنى على أنه إذا كان الثمن موجلاً ولم يوجد اتفاق صريح ضمنى على مكان الوفاء وجب على البائع متى حل موعد استحقاق الثمن أن يسعى إلى موطن المشتري لمطالبته بالوفاء ، فإذا لم يتحقق هذا السعى من جانب البائع وتمسك المشتري بحقه فى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه كان امتناع المشتري عن الوفاء فى موطن البائع مشروعاً ولا يكون ذلك إخلالاً منه بالتزامه .

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٤ الطعن ٥٣ لسنة ٥١ ق)

(جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن ١٢٩٩ لسنة ٥١ ق)

ب - الانتقال إلى محل إقامة المشتري ومطالبته بالوفاء والامتناع عنه هى جميعاً فى حقه من قبل الوقائع المادية وكان لا موجب قانوناً على البائع بإفراغها فى شكل رسمى وأن جاز له ذلك ومن ثم فإنها تخرج عن نطاق التصرفات القانونية الواجب اتباع القاعدة المقررة بالمادة ٦٠ من قانون الإثبات فى شأن البائى فى حق الطاعن المشتري وهى على هذا النحو يحوز إثباتها بالبينة .

(جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن ١٢٩٩ لسنة ٥١ ق)

ج - الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع يقوم مقام التوقيع أمام الموثق على عقد البيع النهائى وفى التسجيل ، فإذا كان وفاء باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى ، فإن اشتراط التوقيع ألا يصرف البائع باقى الثمن الذى أودعه خزنة المحكمة إلا بعد صدور حكم نهائى بصحة العقد . ذلك العقد هو اشتراط صحيح .

(جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٧ ص ١٦٨٨)

وهي ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشتري بطرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل في الوقت ذاته مصلحة المشتري نفسه إذ تهيج له سبل الاطمئنان فيستطيع في سر أن يجد البائع الذي يمهله في الوفاء بالتزامه مطمئناً لما وضع القانون بين يديه من ضمانات قوية .

أما التنفيذ الجبري وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه قانون المرافعات والثاني عند الكلام في حقوق الامتياز . ويبقى للبحث هنا طريقان : (١) حبس المبيع (٢) وفسخ البيع (١)

١ - حبس المبيع

٤٠٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع .

٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ .

وتنص المادة ٤٦٠ على ما يأتي :

«إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن

(١) وقد يشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل وفاته بالثمن كاملاً ، فهذا الشرط صحيح ، ومنى سجل البيع مقترناً بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشتري قبل الوفاء بالثمن (استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ - يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤) ولكن يجوز للمشتري أن يعتبر البيع الصادر له سبباً صحيحاً للتمسك بالتقادم القصير - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٥٥) . وقد يحتفظ البائع بالملكية حتى وفاء الثمن (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٩١ - ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧) ، وقد يشترط أنه في حالة تأخر المشتري في دفع قسط محل باقي الأقساط وتستحق عليها جميعاً فوائد تأخير دون حاجة إلى إعدار ، فيصح الشرط (استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٣) وإذا اشترط البائع فسخ البيع عند تأخر المشتري في دفع قسط مع اعتبار الأقساط المدفوعة من قبل مستحقة للبائع على سبيل التعويض ، نظر القاضي في إعطاء البائع التعويض المناسب ، ولا كان الملغ المدفوع على سبيل التعويض أكبر كلما كانت الأقساط المدفوعة أكثر (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٤٩ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٥٠) .

المبيع قد هلك بفعل البائع (١)

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٤٥/٢٧٤ و ٣٥٠/٢٧٩ و ٣٥١/٢٨٠ و ٣٥٣/٢٨١ و ٣٥٢ مختلط (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٥٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٠٧ من المشروع التمهيدي ، والفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدي تطابق ما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدي فكانت تجرى على الوجه الآتي : «وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ، حتى لو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، ما لم يقدم المشتري كفيلاً» . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الثانية بحذف الجزء الأخير منها وإحالة الحكم الوارد فيه على المادة ٢٧٣ من التقنين المدني الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٣ - ص ١٤٥) .

م ٤٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٠٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١ - إذا كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فلا يجوز للمشتري أن يستولي على المبيع دون إذن من البائع ، وإلا جاز لهذا البائع أن يسترد المبيع . ٢ - على أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري ، كان الهلاك عليه . ٣ - أما إذا سلم البائع المبيع طوعاً ، فليس له أن يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه في المطالبة بفسخ العقد . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانية بجعلها تنص على حكم الحالة العكسية لأنها أكثر خفاء ، فأصبح النص على الوجه الآتي : ١ - إذا استعمل البائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فليس للمشتري أن يستولي على المبيع دون إذن البائع ، وإلا جاز للبائع أن يسترد المبيع . ٢ - وفي جميع الأحوال إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري . وصار رقم المادة ٤٧٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية نجد أن الباب حذفت الفقرة الأولى لأنها «تطابق واضح للقواعد العامة لا ضرورة لنص عليه» ، فأصبحت المقصورة على الفقرة الثانية بعد أن أضافت إليها اللجنة حالة ما إذا كان المبيع قد هلك بفعل البائع وهو حابس له وقضت أن الهلاك في هذه الحالة يكون عليه لا على المشتري ، وهذه الحالة محتسبة الوقوع فوجد من المفيد النص عليها ، وأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ و ص ١٤٨ - ص ١٤٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٤٥/٢٧٤ : وضع اليد على المبيع بدون إذن البائع لا يكون معتبراً إذ يدفع الثمن المستحق ، بل يكون للبائع الحق حيثن في استرداد المبيع . وإما إذا هلك المبيع وهو حيازة المشتري ، كان هلاكه عليه .

م ٣٥٠/٢٧٩ : للبائع الحق في حبس المبيع في يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الث كلاً أو بعضاً على حسب الاتفاق ، ولو عرص المشتري عليه رهناً أو كفالة ، هذا إن لم يكن المذكور قد أعطى المشتري بعد البيع أحلاً لدفع الثمن لم يحل .

م ٣٥١/٢٨٠ : ليس للبائع الذي لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه إليه أن يسترد المبيع الد

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٢٧-٤٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٤٨ - ٤٤٩ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٧ - ٥٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٠٧ - ٤١١ (١).

= سلمه باختياره للمشتري ، وإنما له الحق في الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به .
م ٣٥٣/٢٨١ : إذا قلت التأمينات المعطاة من المشتري لدفع الثمن أو صار في حالة إعسار يترتب عليه ضياع الثمن على البائع ، جاز للبائع المذكور حبس البيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه ، إلا إذا إعطاء المشتري كفيلاً

م ٣٥٢ مختلط : وليس للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه . (وأحكام التقنين السابق تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا المادة ٣٥٢ مختلط فهذه حذفت لأنها على غير مقتضى القواعد العامة : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٧ - ٤٢٨ (مطابقتان للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري ، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٣٦) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٨ - ٤٤٩ (مطابقتان للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٧٧ : ١ - للبائع حق حبس البيع إلى أن يستوفي ما هو حال من الثمن ولو كان المبيع جملة أشياء يمت بصفقة واحدة ، فله حبسه إلى أن يستوفي الثمن الحال ، سواء سمي لكل منها ثمن أو لم يسم . ٢ - حق إعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق الحبس .

م ٥٧٨ : ١ - إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبسه ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن . ٢ - وقبض المشتري المبيع = بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً ، وللبائع حق استرداده . فإن هلك المبيع أو تعيب وهو في يد المشتري ، ينقلب القبض معتبراً ، ويلزم المشتري بأداء ما في ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ - إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ، فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ٢ - على أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان المشتري قد أضعف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إعسار يوشك معها أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة .

م ٥٨٠ : إذا مات المشتري مقلماً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبسه إلى أن يستوفي الثمن أو يبيعه المحكمة وتؤدي للبائع حقه من ثمنه . فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد لباقي الغرماء ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للغرماء فيما بقي له .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدنون فقرة ٩٢ - فقرة ٢٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٦٦ - فقرة ٥٧١) .

ونبحث في حبس المبيع مسائل ثلاثاً : (١) متى يثبت للبائع حق حبس المبيع (٢) وما الذي يترتب على ثبوت هذا الحق (٣) وكيف ينقضي .

٤٠٣ - متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩ مدني السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن إذا كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع (١) . ويتحقق ذلك في الحالتين الآتيتين :

= تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٠٧ : يجب أن يكون التسليم في وقت المعين له في العقد ، وإذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تنص عليها طبيعة المبيع أو العرف . إن البائع الذي لم يمنح المشتري مهلة للدفع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة أو غيرها من وجود التأمين .
م ٤٠٨ : إذا بيعت عدة أشياء جملة ، فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض مجموع أثمانها ، وإن كان ثمن كل منها قد عين على حدة .

م ٤٠٩ : ليس للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع .

م ٤١٠ : لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الشاري مهلة للدفع : أولاً - إذا أصبح المشتري بعد انعقاد البيع في حالة الإعسار . ثانياً - إذا كان في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية عند البيع مع جهل البائع لحالته . ثالثاً - إذا نقصت التأمينات التي قدمها ضماناً للدفع حتى أصبح البائع مستهدفاً لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان ضماناً للمبيع على الشروط التي يضمن بها الدائن المرتهن الشيء المرهون عنده .

(وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا : (١) أن قبول البائع لحوالة الثمن على شخص آخر يسقط حقه في الحبس في التقنين اللبناني ، كذلك إذا أجاز البائع أن يقبض الثمن شخص آخر . ما في القانون المصري فيبقى حق الحبس ضماناً للبائع . (٢) حالات سقوط الأجل في القانون اللبناني تختلف في بعض تفصيلاتها عن حالات سقوط الأجل في القانون المصري . أما في هلاك العين المبيعة وهي محبوسة في يد البائع بغير فعل البائع ، فإن الهلاك يكون على المشتري في القانون المصري ، وقد أحال التقنين اللبناني في ذلك على أحكام الرهن وتقضى المادة ١٠٨ من قانون الملكية العقارية في لبنان بأن «يبقى العقار بإشراف واضع اليد ويبقى بمهدة المالك وعلى مسؤوليته إذا أثبت المرتهن حدوث ظروف قاهرة» . فالهلاك إذن يكون على المالك ، أي الراهن في حالة الرهن وعلى المشتري في حالة البيع ، ويكون حكم التقنين اللبناني متفقاً في مع حكم التقنين المصري) .

(١) مادامت محكمة الموضوع قد سجلت على المشتري بحق أنه عجز عن ائتمام وفاته بالثمن بما يثبت به قانوناً فإنه لا يجوز له أن يطلب اجبار البائع على تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية عن طريق الدعوى المعروفة بصحة التعاقد أو صحة ونفاذ العقد لأن من حق البائع أن يحبس التزامه هذا حتى يقوم المشتري بتنفيذ ما حل من التزاماته .

(جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠ الطعن ٢٤٣ لسنة ٢٣ ق م ١٨ ص ٧٤٣)

(جلسة ١٩٧٥/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ ص ٨٤٠)

أولاً - إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري . مثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقاً من حيث وقت تسليم المبيع فيكون المبيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع ، فيعاصر وقت دفع الثمن وقت التسليم المبيع . ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقت تسليم المبيع دون أن يحدد وقت دفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قدمنا ، فيتعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيراً أن يحدد وقت دفع الثمن متقدماً على الوقت الذي يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن .

ثانياً : إذا كان الثمن مؤجلاً إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن في الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذي استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه مذكورة في المادة ٢٧٣ مدني إذ تقول : « يسقط حق المدين في الأجل : ١ - إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون . ٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات » . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) .

ويخلص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع إذا كان وقت دفع الثمن متأخراً عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر (٢) . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان قد حدد وقت لدفع الثمن متأخر عن الوقت الذي

= (جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١ الطعن ٧٥٥ لسنة ٤٥ ق)

(جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ الطعن ١٥٥٠ لسنة ٤٧ ق)

(١) أنظر الوسيط ج ٢ - فقرة ٧١ - فقرة ٧٥ .

(٢) ويجب أن يسقط الأجل فعلاً ، فلا يكفي مجرد خشية البائع أن يكون المشتري معسراً عند حلول الأجل (بلائيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٨٠ وهامل رقم ٣) . أما إذا كان البائع قد منح للمشتري أجلاً وهو يجهل أنه مفلس أو معسر ، فإن الأجل يمكن إسقاطه في هذه الحالة للغلط ، ويكون للبائع حبس المبيع (بلائيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٨٠ هامش رقم ٤) .

حدد لتسليم المبيع ، أو حدد وقت لدفع الثمن دون أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجب في هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام البيع . أما الثمن فيدفع في الوقت الذي حدده له ، ولا يجوز في هاتين الحالتين للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن (١) . كذلك لا يكون البائع في حاجة إلى حبس المبيع إذا كان وقت تسليمه متأخراً عن وقت دفع الثمن ، فهو في هذه الحالة يستطيع أن يطالب المشتري بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع إلا في الوقت المحدد للتسليم ، ولكن إذا جاء هذا الوقت وكان المشتري لم يدفع الثمن بعد جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن (٢) .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين : (١) إذا كان الأجل المسموح لوفاء الثمن هو أجل منحه القاضي - وهذه هي نظرة الميسرة - لم يحل قيام هذا الأجل دون حبس البائع للمبيع إلى أن ينقضي الأجل ويستوفي الثمن ، حتى لو كان وقت تسليم المبيع سابقاً على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذي يعطى لدفع الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلاً منحه البائع للمشتري كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدني ، أما الأجل الذي يعطيه القاضي للمشتري فقد منحه القاضي لا البائع ، ولعله يكون قد منحه للمشتري رغم إرادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه إلى التيسير على المشتري لا إلى إضاعة حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن (٣) . إن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن في الأحوال المتقدم ذكرها ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق في الحبس بوجه عام (٤) ، فإن البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشتري فيه عن الوفاء بالتزامه وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يقف هو أيضاً من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفي الثمن (٥) . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يشترط على البائع في عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق .

(١) ولكن قد يقع في هاتين الحالتين - وقت دفع الثمن متأخر عن وقت تسليم المبيع أو تحديد وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع - ألا يطالب المشتري بتسليم المبيع حتى يحين وقت دفع الثمن ، فللبائع عندئذ أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن المستحق .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٢٠٧ ص ٢٠٨ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ - جيوار ٢ فقرة ٢١٧ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٤ هامش رقم ١٢ - بودري وسينيا فقرة ٣٠٦ - بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٧ ص ١٩٧ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٢ .

(٥) والظاهر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الإثبات على المشتري ، فهو الذي عليه أن يثبت أنه وفي بالثمن الحال في ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والامتناع عن حبه في يده ، ذلك لأن المشتري هو المدين بالثمن والمدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات التخلص من دينه (أنظر مع ذلك بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٦ ص ١٧٩) .

وسرى أن البائع يجوز له أيضاً ، بعد أن يثبت حقه في الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق إما بمنحه أجلاً للمشتري لدفع الثمن ، وإما بتسليمه المبيع اختياراً للمشتري بدلاً من حبه ، وإما بأي طريق آخر يفيد النزول عن الحق .

٤٠٤ - ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع : يترتب على ثبوت حق البائع في حبس المبيع ما يترتب على الحق في الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحق في الحبس (١) .

فالبائع يتمتع عن تسليم المبيع للمشتري حق يستوفي الثمن كاملاً وفوائده التي قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل . ولا يتجزأ حق الحبس ، فلو دفع المشتري بعض الثمن بقي المشتري حائساً لكل المبيع حتى يستوفي الثمن والفوائد جميعاً . ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفي كل الثمن ، سواء سمي لكل شيء من الأشياء المبيعة ثمن أو لم يسم ، ولا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض (٢) .

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشتري ، فقد قدمنا أن للمشتري ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، ولا يؤثر الحبس في هذا الحق . ولكن يكون للبائع الحق في حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفي الثمن وفوائده التي تستحق بالرغم من عدم تسليم المشتري للمبيع ، فإن عدم تسليم المشتري للمبيع يرجع إلى خطأه إذ لم يوف بالثمن المستحق في ذمته (٣) .

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه إياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فينبذ في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد (٤٠٣ مدني) ، وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ مدني : « وعلى الحائس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » . فإذا بذل هذا القدر من العناية فقد برئت ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فإذا هلك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشتري ،

(١) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٦٨ - فقرة ٦٧٨ .

(٢) أنظر المادة ١/٥٧٧ عراقي والمادة ٤٠٨ لبناني (أنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) .

(٣) ونقول للذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما ثمرات المبيع وقت الحبس فهي للمشتري من وقت استحقاق الثمن . وعليه فوائده الثمن : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه من المقرر قانوناً أن البائع له الحق في حبس المبيع في فترة حبس العين . كذلك المشتري الذي يفسخ عقد البيع الصادر له ، له حق حبس المبيع المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يوفي الثمن السابق له دفعه ، وهو في وضع يده حسن النية فلا يطالب بثمرات العين في فترة حبسها (استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة ٥٠ رقم ١٤١) .

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٦٠ مدني كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهي هنا على المشتري لأن التسليم لم يتم بخطأه ، فهو الذي تأخر في دفع الثمن فاضطر البائع إلى حبس المبيع . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل هذا مسئولية الهلاك إذ وقع بخطأه ، وجاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة . ويترتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة في المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه إذا كان يخشى على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه (٣/٢٤٧ مدني) .

ولا يجوز للمشتري ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع دون إذنه ، فإن فعل جاز للبائع أن يطلب استرداده منه إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه . كذلك يجوز البائع أن يسترد المبيع من يد أي شخص آخر يأخذه منه دون إذنه ولو كان غير المشتري ، بنفس الشروط التي يسترد بها المبيع من المشتري . وتقول المادة ٢٤٨ مدني في هذا الصدد : (١) ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه . (٢) ومع ذلك يجوز لحائس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه (١) .

وحق البائع في حبس المبيع يحتاج به البائع على الغير ، فلو أن المشتري باع المبيع ، ودفع المشتري من المشتري ثمنه للمشتري ، ولكن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري من المشتري حتى يستوفي الثمن من المشتري .

٤٠٥ - كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع : ويبقى حق البائع في حبس المبيع قائماً إلى أن ينقضي هذا الحق ، إما بزوال سببه ، وإما بنزول البائع عنه .

فينقضي حق البائع في حبس المبيع بزوال سبب الحبس ، وذلك بأن يستوفي البائع الثمن والفوائد جميعاً ، وقد قدمنا أن الحبس لا يتجزأ ، فلو بقي في ذمة المشتري بعض الثمن أو الفوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفي ما بقي في ذمة المشتري .

(١) أنظر المادة ٣٤٥/٢٧٤ من التقنين المدني السابق والمادة ٢/٥٨٨ عراقي (أنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) ولكن إذا هلك المبيع في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشتري من باب أول ما دام أنه يملك على المشتري حتى لو كان في يد البائع ، ويجب على المشتري الوفاء بالثمن بالرغم من هلاك المبيع في يده (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) .

وينتقضى الحق في حبس المبيع بنزول البائع عنه . وقد قدمنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن ينزل عنه مقدماً في عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن يثبت له الحق في حبس المبيع ، أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً . فإذا سلم للمشتري المبيع اختياراً بعد ثبوت حقه في حبسه ، عند هذا نزولاً منه عن حقه في حبس المبيع^(١) ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشتري^(٢) . وإنما يستطيع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالثمن ، فإذا قضى له بالفسخ أمكنه عند ذلك استرداد المبيع^(٣) . وإذا ثبت للبائع حق حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشتري أجلاً لدفع الثمن ، فإن هذا يستخلص منه نزول ضمنى من البائع عن حقه في حبس المبيع ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة مع انتفاعه بالأجل الذي منحه إياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن نزل هذا عن حقه في حبسه^(٤) .

لكن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن المستحق لا يزول حتى لو قدم المشتري رهناً أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء في الحال ، فلا يكفي أن يقدم له المشتري رهناً أو كفالة ، وإذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فعنده نظيرهما إذ له حق حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فليس هو في حاجة إلى تأمينات أخرى

(١) استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ولكن لا يعتبر تسليم المبيع إلى المشتري قرينة قانونية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية إذا سمحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ ققرة ٩٤١ ص ٦٢٥ - بلانيول وريبير وبلاجييه ٣ ققرة ٢٤٩٢) .

(٢) ويؤول حق البائع في حبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلمها للمشتري ، ثم يسترجعها لإصلاحها فلا يستطيع أن يحبسها بالثمن (بلانيول وريبير وبلاجييه ٢ ققرة ٢٤٦٠) . وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس إطلاقاً ، ويجوز له أيضاً أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشتري كفالة أو رهناً بالثمن ، فإذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع واستعاض بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - وأنظر المادة ٣٥١/٢٨٠ من التقنين المدني السابق والمادة ١/٥٧٨ من التقنين المدني العراقي أنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش .

(٤) أنظر العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، والعبارة الأخيرة من المادة ٣٥٠/٢٧٩ من التقنين المدني السابق ، والمادة ١/٥٧٩ من التقنين المدني العراقي والمادة ٤٠٩ ثالثاً من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (أنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) وهذا ما لم يتحفظ البائع عند منحه الأجل للمشتري ، فيمنحه الأجل مع الاحتفاظ بحقه في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «أما إذا منح البائع للمشتري أجلاً جديداً للدفع ولم يتحفظ ، سقط حقه في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) . وقد قدمنا أن الأجل (نظرة الميسرة) الذى يسمه القاصى للمشتري للوفاء بالثمن لا يسقط حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن بعد انقضاء نظرة الميسرة ، لأن القاضى لا البائع هو الذى منح المشتري الأجل .

ولا يجبر على الاستعاضة عن التأمينات التى أعطاها له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشتري^(١) . وقد رأينا^(٢) أن حق المشتري في حبس الثمن ، على التقيض من حق البائع في حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشتري ، وهذا لأن السبب في ثبوت حبس الثمن للمشتري هو خشيته من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسراً عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن فى هذه الحالة يكفى لملافاة سبب الحبس ، فيزول هذا الحق .

وبلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل يزولان إذا قدم المشتري للبائع ضماناً . فإذا ضعفت التأمينات التى تكفل الثمن لسبب لا دخل لإرادة المشتري فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالاً ، فكان للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه ، وهذا ما لم يقدم المشتري للبائع ضماناً كافياً (م ٢٧٣ ثانياً مدنى) . فهنا يمتنع على البائع حبس المبيع إذا قدم له المشتري ضماناً كافياً للثمن ، لا لأن الضمان الكافى يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافى يمنع من سقوط الأجل فلا يكون الثمن حالاً ومن ثم لا يثبت حق البائع فى حبس المبيع أصلاً . وكذلك يسقط الأجل ، فيصبح الثمن حالاً ويحبس البائع المبيع حتى يستوفى ، إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات . فإذا قدم المشتري بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل إلى الظهور ، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيع ، لا لأن التأمينات التى قدمها المشتري للبائع قامت مقام الحبس ، بل لأن حق الحبس ذاته لم يعد موجوداً بعد أن رجع الأجل إلى الظهور بتقديم المشتري التأمينات التى وعد بتقديمها .

وإذا حول البائع الثمن الذى فى ذمة المشتري إلى محال له ، انتقل الثمن بضماناته إلى المحال له ، ومن هذه الضمانات حق حبس المبيع . فإذا كان المبيع لا يزال فى يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كان للمحال له أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري ، فلا يزول حق الحبس بالحوالة^(٣) .

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ، «إذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولا يسقط حقه فى الحبس (إلا أن يقدم له : إقرأ ولو قدم له ، ما ورد فى المذكرة الإيضاحية وقع فيه خطأ مادى) المشتري رهناً أو كفالة ، لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء فى الحال» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٣) بل والمحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلاً من الثمن - ومن أجل ذلك لم ينقل التقنين المدني الجديد الحكم الذى كان وارداً فى المادة ٣٥٢ مدنى مختلط ، وكانت نص على أنه «ليس للبائع أن يمتنع من التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه» ، فهذا الحكم لا يتفق مع القواعد العامة ، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما قدمناه ، وكان القضاء الوطنى يقضى فى عهد التقنين المدنى السابق بأن البائع الذى حول الثمن يبقى محفوظاً بحق حبس المبيع ، لأن التقنين المدنى الوطنى أغفل -

٢ - فسخ البيع

٤٠٦ - تطبيق القواعد العامة : إذا لم يق المشتري بالثمن المستحق ، فللبائع ، غير حبس المبيع ، ضمان آخر هو أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامة في طلب الفسخ ، وهذه القواعد مقررة في المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدني . فتتضمن المادة ١٥٧ على أنه ١ - في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداده المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض . ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة . وتنص المادة ١٥٨ على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١)» .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يورد نصوصاً يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات ، فحذفت اكتفاء بالقواعد العامة ، وميزت

= ذكر المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المختلط . ففضت محكمة شين الكوم الكلية بأنه إذا حول البيع الثمن إلى شخص آخر ، فمجرد هذا التحويل لا يفهم منه صراحة أو ضمناً سقوط حق البائع في حبس العين المبوعة في القانون الأهلى ، وذلك لأن الشارع قد أخفل في القانون المدني الأهلى ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدني المختلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الأهلى قصد ألا يسقط حق حبس العين إلا بالتسليم الحقيقى أو التنازل الصريح عن هذا الحق أو دفع الثمن بالفعل (١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩٤) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد إغفال المشروع للمادة ٣٥٢ مختلط : «ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من التقنين المختلط . فقد تركت هذه المسألة يستخلص حكمها من القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن البائع إذا حول حقه في الثمن انتقل إلى الحال له ما كان للبائع من ضمانات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤) . والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المشتري هو الذى أجرى حوالة الدين بالثمن فقله من ذمته إلى ذمة الحال عليه ، وقبل البائع هذه الحوالة ، فلا يمد قبوله للحوالة نزولاً منه عن حقه في حبس البيع ، بل له أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يستوفى الثمن إما من الحال عليه وإما من المشتري نفسه .

ومن هنا نرى أن الأحكام الثلاثة التي أوردها تقنين الموجبات والعقود اللبنانى في المادة ٤٠٩ منه لا تتفق مع القواعد العامة في المحكمين الأولين ، وتتفق معها في الحكم الثالث وحده . وتنص هذه المادة كما رأينا (أنظر فقرة ٤٠٢ في الهامش) ، على ما يأتى : «ليس للبائع أن يحتج عن تسليم المبيع : أولاً - إذا أحاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع» .

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادتين ١٥٨ - ١٥٩ من التقنين المدني السوري ، والمادتين ١٥٩ - ١٦٠ من التقنين المدني الليبى ، والمادتين ١٧٧ - ١٧٨ من التقنين المدني العراقى ، والمادة ٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى .

ذكرها فيما يلى (١) :

ويخلص من النصوص التي قدمناها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما أن يكون فسخاً قضائياً ، وإما أن يكون فسخاً اتفاقياً .

(أ) الفسخ القضائى

٤٠٧ - مسائل ثلاث : إذا أخل المشتري بالتزامه من دفع الثمن كاملاً في ميعاده ، جاز للبائع كما قدمنا أن يطلب فسخ البيع ، وتسرى القواعد العامة في صدد هذا الفسخ ، ويسمى بالفسخ القضائى لأنه متروك لتقدير القاضي ، لا لاتفاق المتبايعين كما هو الأمر في الفسخ الاتفاقى .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في الفسخ القضائى كما سبق القول ، فكانت المادة ٦١٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : «(١) في بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فوراً ، إذا طلب البائع ذلك وكان مهتداً أن يضع عليه المبيع والثمن . (٢) فإذا لم يكن مهتداً بذلك ، جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . (٣) فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إظهار المشتري إلى أجل آخر» (٢) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العامة» (٣) .

فنستعرض إذن في إيجاز القواعد العامة في الفسخ القضائى (٤) مطبقين إياها على عقد البيع بالذات ، فنبحث مسائل ثلاثاً : (١) متى يجوز الفسخ (٢) وكيف يكون الفسخ . (٣) والآثار التي تترتب على الفسخ .

(١) أنظر ما يلى فقرة ٤٠٧ و فقرة ٤١١ .

(٢) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٤١٤/٣٣٣ - ٤١٥ ، وهى تنص على أنه «يجوز للمحكمة أن تمنح أسباب قوية ميعاداً للمشتري لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء . ولا يجوز أن يعطى إلا ميعاداً واحداً» . ويقابل في التقنين المدني العراقى المادة ٥٨١ ، وهى تنص على ما يأتى : «١٥ - إذا لم يدفع المشتري عند استحقاقه ، أو أخل بالالتزامات الأخرى التي نشأت عن عقد البيع ، فالبايع بالخيار إما أن يلزم المشتري بالتنفيذ ، وإما أن يطلب فسخ البيع . ٢ - ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهتداً أن يضع عليه المبيع والثمن . فإذا لم يكن مهتداً بذلك ، جاز للمحكمة أن تنظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إظهار المشتري إلى أجل آخر» .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ في الهامش و ص ١٤٩ في الهامش .

(٤) أنظر في القواعد العامة في الفسخ القضائى الوسيط جزء أول فقرة ٤٦٥ - فقرة ٤٧٩ .

٤٠٨ - متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن : إذا كان الثمن مستحق الأداء ، وتختلف المشتري عن الوفاء به ، وجب على البائع إعداره . فإذا لم يدفع المشتري الثمن بعد الإصدار ، جاز للبائع أن يرفع دعوى على المشتري يطلب فيها فسخ البيع مع التعويض أن كان له مقتضى (١) . ويكفي لجواز طلب الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه (٢) (١) ، أو أن يتخلف عن دفع الفوائد وحدها كما إذا كان الثمن لم يحل أجله

(١) ولحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشتري قد نفذ لالتزامات التي تربت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطانها في ذلك تامة لا رقابة عليها لمحكمة النقض (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ من ١٥٢) . كما أن لها تستخلص أنه لم يتخذ هذه الالتزامات فتقضي بالفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات هي دفع الثمن أو التزامات أخرى أخذها المشتري على نفسه في عقد البيع ، ففي قضية اشترى شخص أرضاً من مصلحة الأملاك ، وتعهد بإقامة معامل صناعية عليها في مدى ثلاث سنوات دون أن يقيم هذه المعامل ، ثم نشبت الحرب فادعى أن الحرب تمنعه من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته في عدم إقامة البناء من قبل نشوب الحرب بمدة طويلة قد تبينت (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ من ٧١٢) . فإذا ارتفع السبب الذي أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تقصير المشتري فيما التزم به . وقد قضت محكمة النقض بأن إذا أسس البائع دعواه بطلب فسخ عقد البيع على أن المشتري ، بعد أن التزم بسداد ما هو مطلوب للحكومة التي تلقى عنها البائع ملكية المبيع من أقساط الثمن ، لم يقم بدفع شيء ، وأن الحكومة تزعت ملكية أطيانه هو وفاء لمطلوبها وبيعت ورسا مزادها على المشتري ، فحكم المحكمة بالفسخ على أساس إجراءات البيع الجبري دون أن تعير التفاتاً إلى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مندوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى الفسخ لحصول اتفاق جديد بينها وبين البائع وأنها رخصت للرأسي عليه المزاو المتخلف بقبض ما كان دفعه من الثمن وأن هذا التنازل أثبت وألزم الحكومة بمصاريف ، فاتها تكون مخطئة ، لأن الفسخ تأسيساً على إجراءات البيع الجبري غير جائز ما دام هذا السبب قد ارتفع ، وكان الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التقصير المدعى به على المشتري فيما التزم به في العقد (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ من ٣٣٠) .

(١) أ - تخلف الطاعن عن الوفاء بباقي الثمن بغير حق يجعله مخالفاً بالتزاماته قبل البائع وليس له الحق في حبس باقي الثمن لأنه توافر لديه علمه بالمبيع وسند ملكية البائع له عند تحرير العقد فضلاً عن أنه تنازل عن حقه في حبس الثمن بموجب الاتفاق في العقد ، وإذا كان ما استخلصته المحكمة في هذا الخصوص استخلاصاً سائفاً يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها فإن النعمى على الحكم المطعون فيه - الذي قضى بفسخ العقد - بهذه الأسباب يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ الطعن ٩١٠ لسنة ٤٥ ق س ٣١ من ٨٨٨)

ب - تمسك الطاعن بدفاعه أمام محكمة الموضوع بأن المطعون ضده لم يملحه مستندات الملكية اللازمة لتسجيل عقد البيع موضوع التقاضي ولم يشر فيه لسند ملكيته مما يخوله الحق في حبس باقي الثمن . فضاء الحكم المطعون فيه برفض هذا الدفع استناداً إلى خلو العقد من النص على هذا الحق خطأ وقصور .

(جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠ الطعن ٤٦٩٥ لسنة ٦٨ ق) .

(٢) وإذا اشترط البائع حلول الأقساط الباقية إذا تأخر المشتري في دفع قسط ، فإن ذلك لا يمنعه عن

ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشتري . فتخلف المشتري عن دفع أي جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكفي لجواز أن يرفع البائع دعوى يطلب فيها فسخ البيع . ويستوى أن يكون الثمن السدى تخلف المشتري عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيراداً مرتباً مدى الحياة . فمضى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الدخل الدائم ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشتري عن دفع قسطين في سنتين متواليتين ، فإن هذا الشرط ليس ضرورياً لفسخ البيع ، وإنما هو ضروري لاستبدال رأس المال بالدخل الدائم (م ٥٤٧ مدني) (١) . كذلك متى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ويطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الاتفاقية أو القانونية من وقت القبض ، وأن يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدني على هذا الحكم صراحة إذا تقول : «إذا لم يقيم المدين (بالإيراد) بالتزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فإن كان العقد بعوض جاز له أن يطلب فسخ مع التعويض إن كان له محل» (٢) . بل يكفي أن يتخلف المشتري عن رد مصروفات البيع - إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشتري - إلى البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لأن مصروفات البيع ملحقة بالثمن ، وهي على كل حال التزام في ذمة المشتري في عقد بيع ملزم للجانبين ، فمضى تخلف المشتري عن

= تأخر المشتري في الدفع من طلب فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ١٣٥) ، وإذا اختار البائع المطالبة بالأقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه إذا استمر المشتري في عدم الدفع من طلب الفسخ (نفس الحكم السابق) . وإذا اشترط البائع على المشتري ألا يبيع العين المشتراة ولا يرهنها إلا بعد وفاء الثمن كاملاً ، فهذا شرط فاسخ لا شرط واقف ، ويكون للمشتري أن يبيع أو يرهن ، ولكن تصرفه يكون معلقاً على شرط فاسخ هو دفع الثمن كاملاً . فإذا لم يدفع ، جاز البائع أن يفسخ البائع الأصلي فيفسخ تبعاً لذلك تصرف المشتري بالمبيع أو بالرهن (استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ من ٣١) .

(١) جوار ٢ فقرة ٥٧٢ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ من ١٠٤ - بودري وسينيا فقرة ٥٢٨ - عكس ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٣ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٨٧ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٩٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٤١ .

(٢) أما في التقنين المدني الفرنسي فيوجد نص خاص (م ١٩٧٨) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الإيراد المرتب مدى الحياة (بودري وسينيا فقرة ٥٣٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٤ من ١٨٦ - جوسران ٦ فقرة ١١٤٢) . انظر أيضاً المادة ٤٨٠ فقرة ثالثة / ٥٨٨ من التقنين المدني السابق وكانت تجرى على الوجه الآتي : «يجوز بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها» . فكان النص يمنع الفسخ ، ولا يجوز إلا التنفيذ على الوجه المذكور . ولكن التقنين المدني الجديد - المادة ٧٤٦ السالفة الذكر - عدلت هذا النص ، ورجعت فيه إلى مقتضى القواعد العامة . والمبررة بتاريخ البيع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سري التقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد .

القيام بهذا الالتزام جار للبائع طلب فسخ العقد^(١).

وبجوز طلب الفسخ في كل بيع ، ويستوى في ذلك بيع العقار وبيع المنقول . وإذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي التي أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصح أيضاً في بيع المنقول . إلا أنه يغلب في بيع المنقول أحد أمرين : إما أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الحالة التي تعرض لها المادة ٤٦١ مدني^(٢) وسيأتي بيانها ، وإما أن يعتنع الفسخ حتى لو لم يدفع المشتري الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما إذا كان غزلاً فتسج أو خشباً فصنع أثاثاً أو بذراً فوضع في الأرض^(٣) . ولكن يجوز في هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لا في دفع الثمن لا في تسليم المبيع ، ويتخلف المشتري عن دفع الثمن فيستطيع البائع في هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخاً قضائياً ، ويكون للقاضي حق التقدير فيما إذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشتري مهلة لدفع الثمن^(٤).

(١) بودري وسينيا فقرة ٥٣٧ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ وإذا كان المبيع ينتج ثمرات وتسلمه المشتري ، وأودع الثمن خزانة المحكمة دون الفوائد وهي مستحقة في هذه الحالة بمجرد تسليم المبيع ، لم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحاً ، وجاز للبائع طلب الفسخ (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠).

(٢) وهي حالة ما إذا اتفق المتبايعان على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع .

(٣) ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يعتنع معه الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذا كان المنقول لا يزال محتفظاً بذاتيته المادية ، كماشية ألحقت بأرض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسواقي ونحوها تخصص لخدمة الأرض ، وكالمرايا والتماثيل توضع في منزل (بودري وسينيا فقرة ٥٢٥).

(٤) وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يورد حكماً غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتي : ١٥ - إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع ، إذا لم يستوف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول ما دام المبيع في حيازة المشتري ، على أن يكون الاسترداد في مدة خمسة عشر يوماً من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول حافظاً - لحالته التي تم عليها التسليم - ٢ - على أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المؤجر ، إلا إذا أثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها مما هو موجود بالمين المؤجرة لم يدفع ثمنها . ٣ - ولا يجوز الإخلال فيما تقدم بالقوانين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد . فكان هذا النص يجعل بيع المنقول غير المؤجل - أي الذي لم يتفق فيه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع - مفسوخاً من تلقاء نفسه دون اتفاق في العقد على ذلك ، إذا لم يستوف الثمن ولهذا أن يسترد المبيع من تحت يد المشتري إذا كان قد سلمه له ، وذلك في مدة خمسة عشر يوماً من وقت التسليم ، بشرط أن يكون المبيع لا يزال في حيازة المشتري ولا يزال حافظاً لحالته التي كان عليها وقت التسليم ، ودون إخلال بامتياز المؤجر والقوانين والعادات التجارية (أنظر في هذا المعنى المادة ٢١٠٢ رابعاً من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٤٦٩ من تقنين الموجبات والعقود الليتي). ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذف هذه المادة لأنها تتناول تفصيلات يحسن أن تترك للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ - ص ١٥٢ في الهامش) . وبمقتضى تطبيق القواعد العامة أن =

ويستوى كذلك في الفسخ القضائي أن يكون البيع بيعاً مدنياً أو بيعاً تجارياً ، غير أنه في المبيع التجاري يدخل التقنين التجاري تعديلات على حق البائع في الفسخ القضائي في حالة إفلاس المشتري ، فيمتنع هذا الحق إذا سلمت البضائع المباعة للمفلس ، ويصبح البائع دائناً وهو أسوة الغرماء فيه^(١).

ويستوى أخيراً في الفسخ القضائي أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعاً قضائياً بالمزاد العلني جبرياً كان أو اختيارياً^(٢) . وإذا كان قانون المرافعات قد نظم إجراءات خاصة ، في حالة البيع القضائي بالمزاد ، لإعادة البيع على من رسا عليه المزاد وتختلف عن دفع الثمن ، لهذا الطريق الذي يقصد به إعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلوك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع وإعادة المبيع إلى صاحبه . وقد يكون لصاحبه مصلحة في ذلك ، كما إذا كان قاصراً وبيع عقاره بالمزاد فلم يصل إلى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله إلى ثمن مناسب إذا أعيد بيعه على من رسا عليه المزاد فيفسخ البيع بدلاً من إعادته ويرد البيع للقاصر ، وكما إذا كان صاحب المبيع مديناً ينفذ عليه دائرته فانصلحت حاله وأصبح قادراً على وفاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة في فسخ البيع واسترداد المبيع بدلاً من إعادة البيع^(٣).

والذي يطلب الفسخ هو البائع ، وخلقه العام كالوارث ، ودائره باستعمالهم حق

= يكون الفسخ قضائياً ، ومن ثم يترك للقاضي سلطة التقدير فيما إذا كان يقضى بالفسخ أو يعطى مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك ، شأن المنقول في ذلك شأن العقار .

(١) وتنص المادة ٦٢٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه ١٥ - إذا فسخ عقد البيع بحكم أو بمقتضى شرط في العقد قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشتري ، جاز للبائع استرداد البضائع كلها أو بعضها في التفليس بشرط أن توجد عيناً . ٢ - ويجوز الاسترداد ولو وقع الفسخ بعد صدور شهر الإفلاس بشرط أن تكون دعوى الاسترداد أو دعوى الفسخ قد رفعت قبل صدور هذا الحكم ، ونصت المادة ٦٣٠ تجاري على ما يأتي : ١٥ - إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وكانت البضائع لا تزال لدى البائع ، جاز له حبسها . ٢ - وإذا أفلس المشتري بعد إرسال البضائع إليه وقبل دخولها مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها جاز للبائع استرداد حيازتها . ومع ذلك لا يجوز الاسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها ، أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها . بغير تدليس ، بموجب وثائق الملكية أو النقل . ٣ - وفي جميع الأحوال يجوز لأمين التفليس ، بعد استئذان قاضي التفليس أن يطلب تسليم البضائع بشرط أن يدفع للبائع الثمن المتفق عليه ، فإذا لم يطلب أمين التفليس ذلك جاز للبائع أن يتمسك بحقه في الفسخ وطلب التعويض والاشتراك به في التفليس ، وتنص المادة ٦٣١ تجاري بأنه ١٥ - إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها ، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع ، كما يسقط حقه في الامتياز . ٢ - وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحجج به على جماعة الدائنين .

(٢) استئناف مصر ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ الحامدة ١١ رقم ٢٠/٩٣ ص ١٥٣ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٥٤٠ - بلاتويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٥٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٤٤ .

مدينهم في طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر (١) ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول . وترفع دعوى الفسخ على المشتري ، وخلقه العام كالسوارث . وإذا باع المشتري الذي لم يوف الثمن المبيع إلى مشتر ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى المشتري الثاني ، فإن فسخ البيع يحتج به على المشتري الثاني . وإذا تعدد البائع أو تعدد المشتري ، كان طلب الفسخ قابلاً للانقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلاً لذلك أو غير قابل (٢) .

ويجب حتى يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة من عقد البيع أو مستعداً للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعداً لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم (٣) . فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمه ، فإن البيع يفسخ بحكم القانون ، ولا حاجة في هذه

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ - ولا يجوز للبائع الذي حول الثمن أن يرفع هو نفسه دعوى الفسخ إلا بموافقة المحال له (نفس الحكم السابق) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ - بودري وسينيا فقرة ٥٤٢ - فقرة ٥٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١ وقرة ١٧١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٥٦ .

ولكن يلاحظ أنه في حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتجزئة ، وتجزأت دعوى الفسخ على البائعين المتعديين أو على الورثة المتعديين للبائع ، فأراد بعض منهم فسخ البيع دون الآخرين ، جاز للمشتري أن يطلب انضمام من لم يطلب الفسخ إلى من طلب حتى لا تتجزأ عليه الصفقة ، ولا يجوز أن يفسخ البعض في كل المبيع (كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٥٦ - جوسرن ٢ فقرة ١١٤٣ - ولكن قارن بلانيول وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٢٥٩٣) .

وإذا مات المشتري عن ورثة متعددين ، جاز للبائع أن يطلب الفسخ في نصيب أحدهم ، ولا يوجب هذا بتفرق الصفقة فقد تفرقت قبل ذلك بالميراث (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٣ ص ٣٥٣) .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٥٤٦ - فلا يحتج البائع ، وهو لم يسلم المبيع في ميعاد التسليم ، بأن المشتري لم يدفع الثمن فلا داعي إلى التسليم ، فما دام هو نفسه قد تأخر في التسليم فلا يحق له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع أولاً للمشتري ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ (بودري وسينيا فقرة ٥٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع الذي أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي ، فإن قضاءها برفض دعواه التي طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . أما إذا طلب البائع الفسخ ، وفي أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه يش من دفع المشتري للثمن ، لم يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه حالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلبأ إلى هذا العمل إلا بعد يأسه من قيام المشتري بدفع الثمن (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعة الهلاك كما سبق القول . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقي ، وجب أن يكون مستعداً لرد قبضه من الثمن إلى المشتري (١) .

٤٠٩ - كيف يكون فسخ البيع : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدني تقضي بوجوب أن يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ . وإذا لم يعذر البائع المشتري قبل رفع الدعوى ، فإن رفع الدعوى بالفسخ يعد إغذاراً (٢) ، ولكن الإغذار السابق على رفع الدعوى تظهر أهميته العملية في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب الفسخ ، وإلى الحكم بمصروفات الدعوى على المشتري ، وإلى الحكم عليه أيضاً بتعويض فوق الحكم بالفسخ (٣) .

(١) ويجوز أن يشترط المشتري في عقد البيع ألا يكون للبائع حق الفسخ وليس له إلا حق التنفيذ . على أن تنازل البائع عن حق الفسخ على هذا النحو يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً ضيقاً شأنه شأن تنازل عن الحق . فإذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشتري للقسط الأول من الثمن ، لم يجوز استخلاص من هذا أنه قد نزل عن حقه في الفسخ عند تأخر المشتري في دفع الأقساط الباقية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها هذا للشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالف للعقد الذي هو قانون التعاقد . لأنه تفسير يحمله العقد ولا غبار عليه قانوناً . ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون فقط حق تقاضي المتأخر مضموناً بحاله من امتياز على العقار المبيع (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ١٧٥٠) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ .

(٣) ولا يكفي لترتب الأثر القانوني للإغذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره ، دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين أن كان يترتب عليه الفسخ أو لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخ وما تضمنته لأنه قد يكون حاصلًا قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت على تعهدات المشتري (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) وقضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكي تقضي المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط المفاد الضمني أن ينبه البائع على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صد بعدم رغبته بالقيام بالتزامه فإذا كان المشتري قد عرض ثماً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل في الدعوى ، فلا يكون هناك حاجة - لكي يصح الحكم بالفسخ - إلى ضرورة التمسك على المشتري بوفاء الثمن المستحق (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٨٦ - ٦٣١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) . وإذا أعذر البائع المشتري وحدد له في الإغذار مدة لدفع الثمن ، فإن هذه المدة لا تسلب الإغذار

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل لابد من رفع دعوى وصدر حكم بالفسخ . وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي . ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشأً للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ القضائي من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهذه المطالبة ، فإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما في الفسخ الاتفاقي فإن الحكم يكون مقررًا للفسخ لا منشأً له ، وتعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال الإدارة يستطيع الوصي أن يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائي أن الحكم بفسخ البيع ليس محتماً على القاضي (1) . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدني تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة » . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي ، كما رأينا ، تقضي بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا كان البائع مهتداً أن يضيع عليه المبيع والتمن ، فإذا لم يكن مهتداً بذلك جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف (2) ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى ، فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم

= أنه القانون (استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٨) . والإعذار واجب حتى لو جعل البيع موقوفاً على شرط دفع الثمن (استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٧٠) . ورفع الدعوى يعتبر إعذاراً كما تقدم ، وهو لا يسلب القاضي حقه في إعطاء المشتري مهلة لدفع الثمن (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٥) .

(1) لا يحول دون استعمال المشتري لحق حبس الثمن تضمين العقد الشرط الفاسخ جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه ، ذلك أن هذا الشرط لا يتحقق إلا إذا كان التخلف والوفاء بغير حق ، فإن كان حق المشتري قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً .

(جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ الطعن ٧٠٩ لسنة ٤٨ ق ٣٣ ص ٩٣٤)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٢ الطعن ٢٣٤ لسنة ٥١ ق ٣٥ ص ١٨٧٧)

(جلسة ١٩٨٦/١/٩ الطعن ١٥٠٢ لسنة ٥٢ ق)

(2) إعطاء المشتري مهلة للوفاء بتمن المبيع انقضاء للفسخ ، أو رفض طلبها مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية لأنه من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار من أن يأخذ فيها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى يثير معقب عليه .

(جلسة ١٩٦٩/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠ ص ٣٢٥)

(جلسة ١٩٦٨/٥/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص ٩٦٢)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق)

بفسخ البيع دون أنظار المشتري إلى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائي إذن لا يكون محتماً على القاضي كما قدمنا ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتفويض ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ (1) ، كما أن له إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ (2) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ في طلب واحد وإذا كان قد نزل عن أحد الطلبين فلا يستطيع الرجوع إليه ، ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب منهما لا يعتبر كما رأينا نزولاً منه عن الطلب الآخر .

وللمدين هو أيضاً ، قبل الحكم النهائي بالفسخ (3) ، أن يدفع الثمن فيمنع الحكم بالفسخ (1) . وإنما يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يحكم عليه بالتعويض إذا كان له

(1) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٦ ص ٢٢٦ .

(2) استئناف مختلط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ . ولكن إذا قضى بالتنفيذ ابتداءً ، لم يجوز للبائع في الاستئناف العدول عن التنفيذ إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٥) ، ولكن له طلب الفسخ احتياطياً مع استبقائه طلب التنفيذ طلباً أصلياً في الاستئناف (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٦) . كذلك إذا رفعت دعوى الفسخ ، فقبل المشتري الفسخ وأعلن قبوله للبائع ، لم يعد يجوز للبائع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ (استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣) . والذي له الحق في قبول الفسخ هو المشتري ، وليس المشتري من المشتري فهذا يبقى مصير شرائه معقفاً على فسخ البيع الأول أو بقاءه (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧) .

(3) ولو أمام المحكمة الاستئنافية قبل صدور الحكم النهائي (استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٣٣ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ ص ٦٩) ، ولو بعد رفع التماس قبلت المحكمة النظر فيه لأن قول الالتماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المقبول فيه الالتماس (استئناف وطني ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ ص ١٠٣) . وللمشتري الحق في تنفيذ العقد ما دام الفسخ لم يصدر به حكم ، فإذا كان المشتري قد أبدى استعداده لذلك بالجلسة الابتدائية وعرض القسط المستحق من الثمن على البائع عرضاً حقيقياً فلا يكون ثمة موجب يقتضي فسخ العقد (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٦٥) .

(1) من المقرر أن للمشتري أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده ، لم يكن هذا الوفاء اللاحق مما يضار به البائع .

(جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩ الطعن ١٦٧٤ لسنة ٥٤ ق ٣٦ ص ٣٣٠)

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص ٢٠٤٠)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ الطعن ١٣٧٩ لسنة ٥٠ ق)

مقتضى، وبخاصة إذا كان البائع قد أعذره قبل رفع الدعوى (١).

والقاضي أخيراً سلطة تقديرية فى إجابة البائع إلى طلب الفسخ كما سبق القول (١). فقد يقضى بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك، وبوجه خاص إذا رأى البائع مهدداً أن يضيع عليه المبيع والتمن، كما إذا كان المبيع داراً تسلمها المشتري وأخذ فى هدمها، أو كان المبيع مقولاً وخشى أن يبيعه المشتري لمشتري ثان حسن النية فيملكه بالحيازة. وقد يرى القاضي ألا مبرر لفسخ البيع، لا سيما إذا كان المشتري قد دفع أكثر الثمن ولم يبق إلا القليل، أو كان المشتري فى ظروف سيئة منعت من دفع الثمن ولكن يتوقع تحسن هذه الظروف سريعاً فيغنى بالتزامه (٢). ففى مثل هذه الأحوال يرفض القاضي طلب الفسخ، ويمنح المشتري مهلة لدفع الثمن أو الباقي منه (٣). وهذه المهلة يقدرها القاضي مدتها بحسب

(١) ويجوز لدائى المدين ولمن كسب من المشتري حقاً عينياً على المبيع أن يستعملوا حق المشتري فيدفعوا الثمن ليتوقروا فسخ البيع (بودرى وسينيا فقرة ٥٥٠).

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغي فى حالة الفسخ القضائى التفريق بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده إلى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصل أو الامتناع عن الوفاء بالتزام بيعي، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التبعية لا يؤدي إلى فسخ العقد (مصر الكلية ٢٦ يولية لسنة ١٩٥٤ الهامة ٣٥ رقم ٣٨ ص ١٥٢).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن إعطاء المشتري المتأخر فى دفع الثمن ميعاداً للوفاء بدلاً من الحكم بالفسخ إعمالاً للمادة ٣٣٣ مدنى (سابق) من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى الأخذ بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو فى ظروف كل دعوى بنجر معقب عليه. فلا يقبل النعى على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن (نقض مدنى ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٥٢٤ - وانظر أيضاً ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٢٧٣). وفى بيع سيارة تأخرت البائعة عن نقل رخصة السيارة إلى المشتري، فلم تقض المحكمة بالفسخ لأن نقل الرخصة ليس بالتزام جوهرى (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠). وفى قضية أجلت المحكمة النظر فى القضية بقرار واعتبرت أن هذه مهلة للمشتري، ولما لم يدفع حتى انقضى ميعاد التأجيل قضت بالفسخ، فأقرت محكمة النقض هذا الحكم (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠). وانظر أيضاً فى أن الحكم بالفسخ غير واجب وأن على محكمة الموضوع أن تبين الاعتبارات التى دعته للقضاء بالفسخ مع أن المشتري عرض الثمن قبل الحكم: نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٤ ص ٣٥٢).

(١) لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بفسخ العقد بالنسبة لخصه الطاعن على مسد مما استخلصه سائلاً من أنه قصر فى تنفيذ التزامه بسداد الباقي من ثمن حصته فى العقار المبيع، وهو ما تتوافر به شروط الفسخ القضائى المنصوص عليه بالمادة ١٥٧ من القانون المدنى، وكان هذا الذى أورده الحكم وانتهى إليه من تحقق شروط الفسخ القضائى فى حق الطاعن لعدم وفائه للمستحق عليه من ثمن حصته فى العقار المبيع.

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤ الطعون ٩٢٣، ١٠٤٩، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق ص ٢٤ من ١٢٩٢)

الظروف، وهى نظرة الميسرة (délai de grâce) المنصوص عليها فى المادة ٢/٣٤٦ مدنى على الوجه الآتى: «على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم». وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي التى حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين: (١) أن المشتري يدفع، فى المهلة التى أنظر إليها، الفوائد القانونية إذا كان لم يتفق على فوائد أخرى. وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الانفاقية تسرى، أما إذا لم يكن متفقاً على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى إلا تطبيقاً للقواعد العامة، فإذا طلب البائع فى صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطي فى حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها (٢). إذا أهمل المشتري مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة، لم يجز إهماله مدة أخرى بل يتعين الحكم بفسخ البيع. وبعد حذف النص لا يبقى أماناً إلا تطبيق المادة ٢/١٥٧ مدنى فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً إذا اقتضته الظروف ذلك، وتطبيق المادة ٢/٣٤٦ مدنى وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً معقولاً أو آجلاً ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن. ومن ثم وجب القول إنه إذا أعطى القاضي أجلاً للمشتري فى دعوى الفسخ، وجب على المشتري دفع الثمن فى غضون هذا الأجل، وليس للقاضي أن يمنح المشتري أجلاً آخر ويعتبر البيع مفسوخاً بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يضى المشتري بالثمن (١). وهذا بخلاف الأجل الذى يمنحه القاضي فى دعوى التنفيذ، فإنه يجوز أن يتكرر طبقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدنى، كما يجوز إعطاء أجل آخر فى دعوى الفسخ إذا كان الأجل الأول أعطى فى دعوى التنفيذ (١).

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقدم بها، فتتقدم إذن بخمس عشرة سنة من وقت

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٥ ص ٧٠٧ وهامش رقم ٣.

(١) يلاحظ ما قضت به محكمة النقض: الفسخ إذا لم يشترط بنص فى العقد فإنه يكون - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - طبقاً لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى خاضعاً لتقدير قاضى الموضوع، يحكم بالفسخ أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، وأن كان الوفاء فى غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ، فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً، إذ لا ينطوى منح الأجل فى ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وإنما يبقى سلطة قاضى الموضوع التقديرية فيظل العقد قائماً يكون الوفاء بالالتزام بلا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم المائى ويكون لقاضى الموضوع تقدير ظروف التأخير فى الوفاء ليقضى بالفسخ أو يرفضه.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢ الطعن ٤٠٣ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٣ ص ١٢٢٠)

ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الإعذار (١) (١).

وتسقط دعوى الفسخ أيضاً بالنزول عنها صراحة أو ضمناً كما إذا وافق البائع على تصرف المشتري في المبيع ، وبتغيير ذاتية المبيع كما إذا كان غزلاً ففسخ (٢).

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة إذا كان المبيع لا يزال في يد المشتري ، فإن كان عقاراً أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العقار . وهي دعوى شخصية محضة إذا خرج المبيع من يد المشتري ، فيجب رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المشتري (٣) (٢).

٤١٠ - الآثار التي تترتب على فسخ البيع : يترتب على فسخ البيع على التحوّل الذي قدمناه ما يترتب على فسخ أي عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدني القاعدة العامة في هذا الصدد فتقول : «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانتا عليها قبل العقد ، فإذا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٦ - استئناف وطني ١٧ يونيو سنة ١٨٩٠ الحقوق ٥ ص ٢٠٠.

(٢) وتسقط كذلك بنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة (م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، ويتعلّق بنزع المبيع من العقار إلى التعويض المدفوع لنزع الملكية) ، وينزع ملكية العقار بواسطة دائني المشتري إذا لم يدون البائع ما يفيد رفع دعوى الفسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل (م ٤٢٢ مرافعات) ، ويتسليم البضاعة إلى مخازن المشتري المفلس (م ٤٢٣ تجاري) ، وبعدم قيد البائع لا يمتازه حتى يوم صدور الحكم بأفلاس المشتري إذ سقوط حق الامتياز بمجرد سقوط حق الفسخ (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وسامد زكي فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٩).

(٣) بودري وسينيا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشتري بدفع الثمن هي دعوى شخصية محضة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠) . وإذا حل المشتري من المشتري محل المشتري في التزاماته نحو البائع ، جاز للبائع دعوى الفسخ على المشتري من المشتري في موطنه دون حاجة إلى إدخال المشتري الأصلي في الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦).

(١) دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم إلا بخمسة عشرة سنة ، وطالما يكون للدائن (المشتري) أن يرفع هذه الدعوى ، فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن .

(جلسة ١٩٧٧/١/١١ الطعن ٢٥٦ لسنة ٤٣ ق ٢٨ ص ٢١١)

(٢) يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد العاقدان إلى الحالة التي كانتا عليها قبل العقد فيرد المشتري المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ، إذ أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابل استحقاق المشتري لفوائده الثمن ويحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منها .

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢ الطعن ٢١٧ لسنة ٣٤ ق السنة ١٩ ص ٣٤٥)

(جلسة ١٩٧٧/٤/٥ الطعن ١١٩ لسنة ٤٣ ق السنة ٢٨ ص ٩٠٩)

(جلسة ١٩٩١/٣/٢٨ الطعن ١٠٣٨ لسنة ٥٥ ق)

استحال ذلك جاز الحكم بتعويضه . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً أو انفساخاً بحكم القانون .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعي ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . وإذا كان هذا مفهوماً الفسخ الاتفاقي والفسخ القانوني حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوم في الفسخ القضائي ولو أن الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعي ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) . وينحل البيع بأثر رجعي فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعي فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شيء إلى ما كان عليه قبل البيع . فإذا كان المشتري قد تسلم المبيع ، رده هو وثمراته (٢) . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن أو أقساطاً من الإيراد المرتب مدى الحياة ، رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع أن يحبس ما قبضه حتى يسترد المبيع وثمراته (٣) ، كما يجوز للمشتري أن يحبس المبيع وثمراته حتى يسترد الجزء الذي دفعه من الثمن (٤) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس (٥) . وإذا بنى

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٧ .

(٢) فلا يكون له حق في الثمار . قد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان للمشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن ، لكن ذلك لا يوجب عليه الحق في ثمن المشتري ثمار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا محل للاحتجاج بقاعدة تملك الثمار بالحيازة فإن المشتري يعلم أن العين ليست له وإنما هو حابس لها (نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

(٤) استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦ .

(٥) ولم يكن في التقنين المدني السابق نص عام في الحبس ، ولكن القضاء كان يعطي المشتري حق حبس العين المبيعة حتى يسترد ما وفاه من الثمن إذا لم يكن قد ارتكب غشاً . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لم يرد في القانون نص عن جواز حبس العين المبيعة تحت يد المشتري إذا فسخ البيع إلى أن يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وإنما جاء النص بالمادة ٢٧٩ من القانون المدني عن حق البائع في حبس المبيع تحت يده لحين استيلائه فوراً على المستحق من الثمن . على أنه إذا جاز القياس على هذا النص وعلى نصوص أخرى في القانون من اعتبار أي دائن ذا حق في حبس العين البائج عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هذا الحق للمشتري الذي فسخ البيع الصادر إليه حتى يستوفي ما دفعه ، إلا أنه يشترط في هذه الحالة وجوب توفر ركنين أساسيين : الأول أن يكون الدائن حائزاً فعلاً الشيء الذي يطلب حبه وأن تكون هناك علاقة سببية بين الدين والشيء المراد حبه -

المشتري أو غرس في العين المبيعة ، اعتبر يائياً و غارساً بسوء نية ، لأن الفسخ ترتب بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة في البناء أو الغراس في أرض الغير (١) . وكذلك الحال في المصروفات الضرورية والنافعة والكحالية ، تطبق فيها القواعد المقررة في هذا الشأن مع اعتبار المشتري سبب النية . وإذا هلك المبيع في يد المشتري قبل أن يردده ، فإن كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وإن كان الهلاك بسبب أجنبي فليطالب المشتري بطلب التعويض من ذلك الأجنبي . أما إذا كان صدر حكم نهائي بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبي في يد المشتري ، لم يكن المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعته ، كما إذا كان المبيع قد تلف فيرد المشتري في الصورة التي آت إليها (٢) . وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سبب النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ مدني) (٣) . وللبائع إذا أجيب إلى فسخ البيع أن يطالب المشتري - فوق رد المبيع - بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن القيام بالتزامه ، كأن تكون صفقة قد فالت عليه بسبب البيع الذي فسخ ، وينى التعويض هنا على أساس المسئولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض (٤) (١) .

= أى أن يكون منشأ الدين وسببه العين التي للمدين تحت يد الدائن . والثاني أن يكون سبب تلك الحيازة وأساسها سلامة النية ، وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشتري للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية . وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشتري للعين المبيعة حينئذ بسلامة نية وانتفى حق الحبس (استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ الحقوق ٢٣ ص ١٣٢) . أنظر أيضاً استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٧ ص ١١٠ .

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ - بودري وسينيا فقرة ٥٥٩ ص ٥٩٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٦ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٨ ص ٧١٠ .

(٣) الوسيط جزء أول ص ٧١٠ هامش رقم ٣ .

(٤) نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢ .

(١) من المقرر أن الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط منه الشرط الجزائي ولا يتقيد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحق تعويض لدائن تولى القاضى تقديره وفقاً للقواعد العامة التي تجعل عبء اثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن .

(حسنة ١٩٧٨/٤/١٨ مجموعة أحكام القضاة السنة ٢٩ ص ١٠٢٠)

وترتب على انحلال البيع بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير أنه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشتري ، فإن هذا الحق يزول هو أيضاً بأثر رجعي تسعاً لزوال حق المشتري . ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففي المنقول تعترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع إلى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سد الملكية . فإذا كان المبيع منقولاً ، وباعه المشتري إلى مشتر ثان وسلمه إياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشتري الثاني إذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشتري بالتعويض . أما إذا كان المشتري الثاني لم يتسلم المبيع أو كان سبب النية يعرف سبب الفسخ ، فإنه لا يتملك المبيع بالحيازة ، بل يردده إلى البائع ويرجع على المشتري بالضمائم . وإذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشتري في عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع إلا مثقلاً بهذا الامتياز . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن فسخ البيع لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير على هذا العقار إلا إذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذي أكسب الغير هذه الحقوق (انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقاري) . فإذا باع المشتري العقار لمشتري ثان ، وسجل هذا المشتري الثاني البيع الصادر له قبل تسجيل البائع صحيفة دعوى الفسخ ، فإن الحكم بفسخ البيع لا يكون له أثر في حق المشتري الثاني إذا كان حسن النية . وإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثاني ، كان لفسخ البيع الأول أثر في حق المشتري الثاني ولو كان حسن النية ، واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده . كذلك إذا رتب المشتري على العقار رهناً ، وكان الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ، فإن الرهن في هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد في هذه المسألة الأخيرة نص خاص ، إذ قضت المادة ١٠٣٤ مدني بأنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر بإبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقاري ، فيفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن الدائن المرتهن سبب النية إذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (١) .

(١) أنظر الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٩ ص ٧١٣ - ويعتبر الإيجار الصادر من المشتري لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات من أعمال الإدارة ، فيبقى قائماً بالرغم من فسخ البيع (أنظر م ٥٥٩ وم ٢/٧٠١ مدني) حيث يعتبر الإيجار لثلاث سنوات من أعمال الإدارة رغم تحقق الشرط الفاسخ - وأنظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٠ - وقارن الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٥٧ .

ب - الفسخ الاتفاقي

٤١١ - اتفاق المتبايعين على الفسخ : رأينا أن المادة ١٥٨ مدني تقضي بأنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند علم الوفاء بالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه» . وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة في خصوص البيع ، فكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه «في بيع العقار ، إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند علم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما دام لم يعذر ، إلا إذا نص العقد على أن الفسخ يقع دون إعذار ، وفي كل حال لا يجوز للقاضي أن يمنح المشتري أي أجل» (١) . وحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة «لأنها مستفادة من القواعد العامة» (٢) .

٤١٢ - التدرج في الاتفاق على الفسخ : ويتدرج في العمل الشرط الذي يرد في عقد البيع قاضياً بفسخه إذا لم يوف المشتري بالثمن (lex commissoria, pacte comissoire) . فأدنى مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم يوف المشتري بالثمن (١) . وقد يصل الشرط إلى مرتبة أقوى ،

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٤١٦/٣٣٤ ، وهي تنص على أنه «إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي» . ويقابل في التقنين المدني المراقى المادة ٥٨٢ ، وهي تنص على أنه «إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعذر ، إلا إذا نص في العقد أن الفسخ يقع دون إعذاره ، وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري أي أجل» . ويقابل في تقنين الموجبات والقود اللبناني المادة ٤٦٨ ، وهي تنص على أنه «إذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن ، فالعقد يفسخ حتماً بمجرد عدم الدفع في الأجل المضروب» .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٧ - ص ١٤٩ في الهامش .

(١) من المقرر أن عقد البيع لا يعتبر مفسوخاً لأعمال الشرط الفاسخ الضمني بمجرد تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن ، بل يتعين لكي تقضى المحكمة بإجابه البائع إلى طلب الفسخ أن يظل المشتري متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي ، فإذا ما قام المشتري بتنفيذه قبل ذلك امتنع قانوناً الحكم بالفسخ ولو كان هذا الوفاء بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد ، بل وبعد رفع دعوى الفسخ .

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٩ الطعن ١٣٧٩ لسنة ٥٠ ق)

(جلسة ١٩٧٣/١٠/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٩)

(جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ ص ١١٨١)

فيشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصل الشرط إلى أعلى مرتبة من القوة فيشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار ، أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار ، فستعرض هذه المراتب المتفاوتة في خصوص عقد البيع (١) ، كما استعرضنا في العقد بوجه عام في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

٤١٣ - الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً : يغلب أن يكون المتبايعان قد أراد بهذا الشرط أن يرددا في ألقاظ صريحة القاعدة التي سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائي . ومن ثم لا يغني هذا الشرط عن إعذار البائع للمشتري ، ولا من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشأ لا كاشفاً ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ (٣) . بل إن هذا الشرط لا يمنع المشتري من توقي الحكم بالفسخ ، بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد المشتري بأداء باقي الثمن في ميعاد عينه ، فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً لقاعدة الفسخ القضائي (٤) .

(١) وترد هذه الشروط في بيع المنقول كما ترد في بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم الوارد في المادة ٦١١ من المشروع التمهيدي التي حذفت في لجنة المراجعة ، وكانت مقصورة على بيع العقار ، ينطبق أيضاً على بيع المنقول . وقد خص بيع العقار بالذكر في هذا النص لأنه هو الذي يرد بشأنه في الغالب هذه الاتفاقات المتدرجة ، أما بيع المنقول فيتميز بحكم خاص به ورد في المادة ٤٦١ مدني وسيأتي بيانها . فإذا خرجنا عن نطاق هذه الحالة التي عرضت لها المادة ٤٨١ مدني في بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار في شأن هذه الاتفاقات وتدرجها (بودري وسينيا فقرة ٥٥٤) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٢ - فقرة ٤٨٥) .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢ .

(٤) نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ - وقضت أيضاً بأن النص في العقد على أنه في حالة تأخير سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقاً مكتسباً للبائع المذكور ، ذلك ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣) . وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً الفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار . أما الشرط الضمني الفاسخ pacte comissoire tacite فلا يلزم القاضي به ، بل هو يحض لتقديره . وللقاضي ألا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ ، فإذا نص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيعة دعوى مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد ، فإن النافع يلتزم بتعويض قدره كذا كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار النافع ، فهذا الشرط ليس إلا ترديداً لما -

على أنه قد يتضح من الظروف أن المتبايعين أرادا بهذا الشرط أن يحكما فسخ البيع، فيبقى وجوب الإعذار ووجوب الالتجاء إلى القضاء، ولكن لا يملك القاضي في هذه الحالة إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع وحكمه يكون منشأ لا كاشفاً.

٤١٤ - الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم : الشرط على هذا النحو لا يعفى من الإعذار . فإذا لم يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ ، جاز للمشتري أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن في بداية الدعوى دون إبطاء . فإذا أبطأ في ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار، وفسر الشرط في الغالب على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء أجل المشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع (١) . ولا تعارض بين الإعذار الواجب وطلب الفسخ ، فإن إعذار البائع المشتري أن يدفع الثمن لا يكون نزولاً منه عن المطالبة بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عدم دفع الثمن ، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بانذاره أي تكليفه بالوفاء فإذا لم يدفع كان البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ . وإذا لم يباطل زعم المشتري أن الأذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن هذا الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (٢) .

= قرره فقهاء القانون من أن عدم قيام أحد طرفي العقد المتقابل بالالتزام بما التزم به يسمح للطرف الآخر بطسب فسخ العقد ، فهو شرط ضمنى فاسخ للقاضي أن يهدره إذا استبان له من ظروف الدعوى وخصوصياتها أنه لا مبرر له . ومتى أثبت القاضي في حكمه الاعتبارات المقبولة التي استند إليها في ذلك ، فلا تريب عليه (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦) . أنظر أيضاً : نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ - أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٦ ص ٩٨٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ ص ١٥١٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ ص ٢٩٧ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤ - ص ١٥٥ .

(٢) نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ - بل إن هذا الإعذار لا يعدو أن يكون تسجيلاً لتأخر المشتري في دفع الثمن وإظهاراً لاختيار البائع فسخ البيع دون التنفيذ إذ هو بالخيار بين الأمرين ، ومن ثم ليس من الضروري أن يحدد البائع في هذا الإعذار أجلاً للوفاء بالثمن ، ولكن من جهة أخرى يستطيع المشتري بمجرد وصول الأذار إليه أن يبادر إلى دفع الثمن فيمنع =

فالثابت إذن أن هذا الشرط لا يعفى من الإعذار (١) . وهو أيضاً لا يعفى من رفع الدعوى بالفسخ إذا نازع المشتري في إعمال الشرط . ولا يمنع وجود هذا الشرط البائع من مطالبة المشتري بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلاً من المطالبة بفسخ البيع (١) ، فإن فسخ البيع لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

ولكن إذا اقتصر البائع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه ، فإن الحكم بالفسخ يكون منشأ لا كاشفاً . أما إذا أضاف إلى هذا الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة إلى حكم ، أو اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ، فإن الحكم بالفسخ يكون كاشفاً لا منشأ (٢) . ولا يوجد فرق عملي بين الحالتين ، فسواء كان الحكم

= الفسخ (بودري وسينيا فقرة ٥٥٢) . وفي العمل يحدد البائع للمشتري عادة أجلاً قصيراً لدفع الثمن ، وبذلك أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن فقد أصبح البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه (بودري وسينيا فقرة ٥٥٢ ص ٥٨٤ - بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٥ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

(١) استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٩ .

(٢) أ - إن كان تحقق الشرط الصريح الفاسخ من شأنه انفساخ العقد المتضمن له إلا أن أعمال هذا الأمر يتوقف على طلب من تقرر هذا الشرط لمصلحة الذي له أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً ولو بعد تحققه ، وكان قبض البائع - دون تحفظ - لباقي الثمن بعد الموعد المحدد له للوفاء به بعد منه تنازلاً عن الشرط الصريح الفاسخ المتفق على تحققه بمجرد عدم الوفاء بباقي الثمن في هذا الموعد .

(جلسة ١٩٩٩/٧/٥ الطعن ٤٦٠٩ لسنة ٦١ ق)

(جلسة ١٩٩٨/٦/٢٧ الطعن ٣٧٤ لسنة ٦٦ ق)

(جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٤٥ ج ٢ ص ١٠٩٢)

(جلسة ١٩٨٥/١٠/١٧ الطعن ٤٠٥ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ مجموعة المكتب الفني السنة ٢٩ ج ٢ ص ١٠٢٨)

ب - سلب القاضي كل سلطة تقديرية عند الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح . مناطه . الفسخ للتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له . وجوب التحقق من قيام هذا الشرط والتثبت من اتفاق المتعاقدين على قيمة كل قسط وما على أجل مداده .

(جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣ الطعن ٤٧٩١ لسنة ٦٧ ق)

(٢) يلزم في الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجب له ، ولا يشترط القانون ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فإن النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه .

(جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨ مجموعة أحكام النقض السنة ١٦ ص ٩٤٣)

(جلسة ١٩٦٧/٣/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص ٨٥٩)

(جلسة ١٩٧٣/١/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص ٤٩)

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ ق)

منشأاً للفسخ أو كاشفاً عنه ، فقد قدما أن الفسخ يكون له أثر رجعي ويعتبر البيع كأن لم يكن .

٤١٥ - الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار : والشرط على هذا النوع من وصال إلى أعلى مراتب القوة (١) . فإذا لم يف المشتري بالثمن في الميعاد ، اعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار (٢) . فإذا نازع المشتري في أعمال الشرط ، لم يجد البائع من رفع دعوى بالفسخ ، ولكن لا يملك المشتري في هذه الحالة أن يتفادى الحكم بالفسخ بدفع الثمن (٣) ، ولا يملك القاضي أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن (١) ، ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له (٤) .

(١) وليس من الضروري أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل إن أية صيغة تدل على المضي تكفي . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فإذا أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى لا يملك المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه ، ونصاً على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد ، لأن عبارته تختمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ من ٦٨٨) .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ١٦٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٣٣٤ - ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٤٢٠ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ٨٦ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ١٥٠ - بل ويجوز طرد المشتري من العين المبعة أو نزاعها منها بحكم من قاضي الأمور المستعجلة (استئناف وطني ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ من ٣٠٩ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ١٢٧٠ من ٣٢٩ - استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ من ٢٧) .

(٣) استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ الهامة ٣٠ رقم ١٥٦ من ١٦٣ .

(٤) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ١٥٥ - بل يكفي أن يدفع البائع في دعوى مرفوعة بفسخ البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري من دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم إذن أي إجراء بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انقضاءه .

(نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ من ١٥٧)

(١) - لا يحول دون استعمال المشتري لحقه في حبس الثمن . تضمنين العقد الشرط الفاسخ جزاءً عن وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه ذلك أن هذا الشرط لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من شرط الإعدار صريحاً كما يقضى نص المادة ١٥٨ مدني المتقدم الذكر ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد . وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب أعماله (١) .

وبلاحظ هنا أيضاً أن هذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه (٢) ، وإلا كان تحت رحمة المشتري إذا شاء هذا جعل البيع مفسوخاً بامتناعه عن دفع الثمن . ويتربط على ذلك أن البيع لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، إما برفع دعوى الفسخ ، وإما بمجرد إخطار المشتري بأن العقد قد أصبح مفسوخاً (٣) ، ولا يقبل من

= بنيرحق ، فإن كان من حق المشتري قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً . قيام حق المشتري في حبس لاداة البائع جنائياً لبنائه العين المبعة بدون ترخيص من الأزالة .

جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠ الطعن ١٠٧١ لسنة ٦٦ ق
جلسة ١٩٩٩/٣/٢٠ الطعن ١٢٣١ لسنة ٥٨ ق م ٤١ من ٧٩٩
جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ الطعن ٧٠٩ لسنة ٤٨ م ٣٣ من ٩٣٤ .

ب- ان كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي . ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للثبوت من انطباق الشرط على عبارة العقد كما له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجة التي تحول دون أعماله .

(جلسة ١٩٧٥/٤/٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٦ من ٧٨٧)
(جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ الطعن ٦٥٦ لسنة ٤٣ ق)
(جلسة ١٩٧٩/٥/١٧ الطعن ٧٩ لسنة ٤٣ ق)
(جلسة ١٩٨٥/١٠/١٧ الطعن ٤٠٥ لسنة ٥٤ ق)
(جلسة ١٩٨٦/١/٩ الطعن ١٥٠٢ لسنة ٥٢ ق)

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية أشرت فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف الشيك المحول إليه كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إذار . فامتنع المصرف من صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن امتنع ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٩٤) . وفي قضية ثانية اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن أن يتمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ من ١١) . وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك فجأة بحقه في الفسخ عند ما تأخر المدين عن ميعاد دفع قسط ، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢١١) . أنظر الوسيط جزء أول ص ٧١٩ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ١٠٠ .

(٣) على أنه إذا كان الوفاء بالثمن في موطن البائع ، وجب على البائع أن يذهب بنفسه أو بوكيله إلى مكان الوفاء ليتثبت من أن المشتري لم يذهب إلى هناك لدفع الثمن ، أو وجب إذار المشتري فيعود إلى الإعدار الذي كان قد أعفى نفسه منه . فلا يبقى إذن إلا أن يشترط البائع أيضاً أن يكون الوفاء في موطنه هو (بودري وسينا فقرة ٥٥٣ - بلانبول وريير وهامل ١٠ من ١٩٠ هامش ٣) .

المشتري التمسك بفسخ البيع إذا كان البائع لم يتمسك بالفسخ (١).

٤١٦ - حكم خاص ببيع المنقول - نص قانوني : وقد ورد في هذا الصدد نص في بيع المنقول يورد حكماً خاصاً بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦١ من التقنين المدني على أنه «في بيع العررض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره» (٢).

(١) وهذا ما لم يكن هناك عربون يفقده المشتري إذا انفسخ البيع لتأخره في دفع الثمن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري من دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إندار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ من ٣٢٩) ، ففي هذه القضية دفع المشتري عربوناً للبائع ، فحق له الرجوع في البيع ، وأصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع .

ونرى من ذلك أن هذا الشرط الفاسخ للاتفاق ، وهو في أعلى مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ القانوني . فهو أعلى من الفسخ القضائي في أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حاجة لصدوره يكون مقررراً للفسخ لا منشأ بحيث لا يجوز للمشتري أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، ويحتج لا يجوز للقاضي إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون في أن البيع لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، أما في الانفساخ القانوني فالعقد يفسخ دون نظر إلى إرادة البائع كما إذا هلك المبيع في يده قبل التسليم (الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٥ من ٧٢٠).

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦١٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى ، «في بيع العررض وغيرها من المنقولات ، إذا لم يتقدم المشتري لتسليم المبيع بعد انقضاء أجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض الثمن ، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إندار ، وذلك لمصلحة البائع ، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع على أجل أطول للوفاء بالثمن» . وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد تحرير طفيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . ولكن لجنة المراجعة عدلته ، فاستعاضت عن عبارة «إذا لم يتقدم المشتري» بعبارة «إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع الخ» ، وقد راعت اللجنة في ذلك أن تحتذى مثال النص الوارد في التقنين السابق وأن تجعل الحكم أوضح ، وصارت المادة رقمها ٤٦١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٠ و ص ١٥٥ - ص ١٥٧).

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤١٨/٣٣٥ ، وهي تنص على ما يأتي : «وفي بيع البضائع الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع ، يكون البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه» . (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد).

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٩ (مطابقة للمادة ٤٦١ مصري).

التقنين المدني الليبي م ٤٥٠ (مطابقة للمادة ٤٦١ مصري).

التقنين المدني العراقي : لا مقابل - فلا يسرى الحكم لأن النص استثنائي .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل - فلا يسرى الحكم لأن النص استثنائي .

ويخلص من هذا النص أن في بيع المنقول يوجد اتفاق يكون بمثابة الشرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة ، أى بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إندار . وهذا الاتفاق هو الذى يقع بين البائع والمشتري يحدد ميعاداً لدفع الثمن وتسلم المبيع . فيفرض القانون في هذه الحالة أن ياتع المنقول يريد تسليم المبيع في مقابل قبض الثمن ، وقد اتفق مع المشتري على ميعاد لذلك . ولما كانت المنقولات سريعة التداول ، ولا تتحمل ما تتحمله العقارات من الإبطاء في التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها ، وبخاصة إذا كانت هذه المنقولات عروضاً للتجارة وسلعاً وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها إلى مشتريها في ميعاد محدود يقبض ثمنها ، ولا فهو في حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إندار ، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ينطوي على هذا الشرط الفاسخ الذى بموجبه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إندار إذا جاء ميعاد تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن (١) . وهذا الفرض قابل لإثبات العكس ، فقد يذكر في البيع ما ينقض ذلك ، كأن يتفق مثلاً على ألا يفسخ البيع إلا بعد إندار أو أنه يجوز مد أجل لدفع الثمن أو نحو ذلك . فإذا لم يقم اتفاق صريح أو ضمني مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسليم المبيع وقبض الثمن ، ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إندار (٢) ، وكان البائع في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل فيه ما يشاء (٣) . على أن انفساخ البيع على هذا الوجه لا يكون إلا

(١) أما النص المقابل في التقنين المدني الفرنسى (م ١٦٥٧) فيجعل الفسخ جزاء على عدم تقدم المشتري لتسليم المبيع ، أى جزاء على التزام المشتري بتسليم المبيع لا التزامه بدفع الثمن (بوردي وسينيا فقرة ٥٩٤ - فقرة ٦٠٣) . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد يجعل الفسخ جزاء على كل من الألتزامين : الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسليم المبيع (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط أن يكون البائع مستعداً لتسليم المبيع ، فإذا كان التسليم في موطن المشتري مثلاً ، وجب لإعمال المادة ٤٦١ مدنى أن ينقل البائع المبيع إلى موطن المشتري حتى يظهر استعداده لتسليمه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ - الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي ص ٣٠٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٣١) . وإذا ثبت أن البائع هو الذى تأخر في تسليم المبيع ، فللمشتري طلب فسخ البيع ، ولكن بعد إندار وحكم بالفسخ يكون للقاضي فيه سلطة تقديرية وفقاً للقواعد العامة (استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ - استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

(٣) والبيائع فوق ذلك أن يطالب المشتري بتعويض : بنى سوف ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٥١٨ - أسيوط ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ - الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

باختيار البائع ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشتري بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن (١) ، وإلا لاستطاع المشتري أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن

ويلاحظ أن الحكم المتقدم الذكر لا يسرى إلا في هذه الصورة الخاصة من بيع المنقول للاعتبارات التي تقدم ذكرها . فلا بد أن يكون المبيع مقولاً سلعة أو بضاعة أو أسهماً أو سندات أو نحو ذلك (٢) ، وأن يكون المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا يسرى هذا الحكم في بيع العقار . كذلك لا يسرى في بيع المنقول إذا كان البيع غير مؤجل ، كما إذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع فصار الثمن واجب الدفع في الحال والمبيع واجب التسليم فوراً (٣) (٢) . ولا يسرى في بيع المنقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذي حدد لتسليم المبيع ، أو حدد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع فيكون التسليم واجباً في الحال ودفع الثمن واجباً في الميعاد المحدد . أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٤) أن

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - وإذا اختار البائع الفسخ أو التنفيذ ، وأقره المشتري على ما اختاره ، لم يعد يستطيع الرجوع فيما اختار (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٧٧) .

(٢) ولكن لا يجوز أن يكون منقولاً معنوياً لمجموع من المال أو متجر (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩) .

(٣) استئناف وطني ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ الهامة ٢ رقم ١٧ ص ٤٢ - استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٤٣ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣٩٦ .

(١) النص في المادة ٤٦١ من القانون المدني على أنه وفي بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إظهار أن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره فقد دلت على أن المشرع قد خرج بحكمها على القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد الاعذار بحكم من القاضي ما لم يوجد اتفاق صريح على الاعفاء من ذلك واشترط لأعمال هذا النص الاستثنائي أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محدداً تحديداً كافياً ومعلوماً للمشتري عند التعاقد ، وأن يتخلف المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه لتسليم المبيع ودفع الثمن ، وأن يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١ ، الطعن ٤٦ لسنة ٤٧ ق م ٣٠ ع ٢ ص ٤٢٣)

(٢) متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن اتفاقاً قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه نقداً في ميعاد معين ، فإنه لا يحل الرجوع إلى العرف لمعرفة دفع الثمن والطريقة التي يدفع بها الثمن أو لبيان إذا كان يحق للبائع التحلل من الصفقة إذا لم يوف المشتري الثمن في الميعاد ما دلم أن القانون خول هذا الحق بنص صريح بما قرره في المادة ٣٣٥ من القانون المدني القديم (تقابل المادة ٤٦١ من

التمن يكون واجب الدفع في ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد في المادة ٤٦١ مدني

وفي جميع الصور التي لا يسرى فيها هذا الحكم ، وهي الصور التي قدمنا بيانها ، تسرى القواعد العامة التي سبق أن قررناها . فلا يكون فسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن إلا فسخاً قضائياً بميزات هذا الفسخ التي سبق ذكرها ، أو فسخاً اتفاقياً إذا وجد شرط فاسخ صريح بالتدرج الذي يسطناه فيما تقدم .

٤١٧ - الآثار التي تترتب على الفسخ الاتفاقي - احالة : ويترتب على الفسخ الاتفاقي نفس الآثار التي تترتب على الفسخ القضائي ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

فإذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، في أية صورة من الصور التي تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشيء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدني) . وينحل البيع بأثر رجعي ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك على التفصيل الذي تقدم بيانه .

المبحث الثاني

تحمل مصروفات البيع

٤١٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدني على ما يأتي :
«نفقات عقد البيع ورسوم «الدمغة» والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على

= القانون المدني الجديد) من أنه إذا اتفق في بيع البضائع والامتنعة المنقولة على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع ، كان البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بغير حاجة إلى تنبيه رسمي .

(جلسة ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٧٥١)

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن المادة ٣٣٥ مدني (٤٦١ مدني جديد) جاءت استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمي ، فلا يصح تطبيقها إلا في حدود نصها ، أي في حالة تحديد أجل لدفع المشتري الثمن وتسليم المبيع . أما إذا كان الأجل محدداً لحصول البائع على المبيع وتسليمه للمشتري ، ففي هذه الصورة لا يعفى البائع من واجب التنبيه رسمياً على المشتري بالتسليم والوفاء (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٢ ص ٢٤٧) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١٩ .

المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك^(١).

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٩/٢٤٣^(٢).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية: في التقنين المدني السوري المادة ٤٣٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٥١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٣ - ٥٨٥ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٣^(٣).

ومصروفات البيع يقوم المشتري عادة بها، فلا يرجع على البائع بشئ منها لأنه هو الذي يتحملها كما يقول النص، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف يجعل البائع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها، أو ما لم يوجد عرف مخالف كما هي الحال في السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشتري مناصفة^(٤).

وقد يقوم البائع في بعض الأحيان بمصروفات البيع أو بعضها، فما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف يكون له الرجوع بما أنفقته على المشتري لأنه هو الذي يتحمل مصروفات

(١) تأويل النص: ورد هذا النص في المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح رقمه ٤٧٦ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨ - ص ١٥٩).

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٩/٢٤٣: رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشتري. وانظر أيضاً م ٣٥٦/٢٨٤.

والأحكام متفقة في التقنينين الجديد والسابق.

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٣٠ (مطابقة للمادة ٤٦٢ مصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٢ - فقرة ٢٤٣).

التقنين المدني الليبي م ٤٥١ (مطابقة للمادة ٤٦٢ مصرى).

التقنين المدني العراقي م ٥٨٣: نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم وأجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

م ٥٨٤: الأشياء المبيعة جزئاً مؤزنتها ومصروفاتها على المشتري، فلو بيعت ثمرة كرم جزئاً، كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزءها على المشتري، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

م ٥٨٥: ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب الاتفاق والعرف.

(و) أحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدنون فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٣٠ - الأستاذ عباس حسن المصروفات فقرة ٥٧٤ - فقرة ٥٧٧).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٣: إن مصاريف أخذ المبيع واستلامه (كالنقل والشحن) ومصاريف أداء الثمن والقطع والتسجيل ونفقة الصكوك التي يضعها كاتب العدل والطابع وما يلزم لصك الشراء، كل ذلك يدفعه المشتري، ما لم يكن مصر أو عرف مخالف. وتشمل مصاريف الاستلام رسوم المرور (الترانزيت) والدخولية والجمرك التي تؤخذ في أثناء نقل المبيع وعند وصوله.

(أحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري).

(٤) المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٨.

البيع^(١) كما سبق القول. فستعرض إذن حالة ما يقوم المشتري بالمصروفات، ثم حالة ما يقوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشتري بما أنفقته^(٢).

٤١٩ - المشتري قام بمصروفات البيع: وتشتمل هذه المصروفات عادة على نفقات

كتابة عقد البيع، سواء كتب في ورقة عرفية حيث يتحمل المشتري رسوم «الدمغة» إن كانت هناك رسوم، أو في ورقة رسمية حيث يتحمل المشتري رسوم الورقة الرسمية.

ويدخل في المصروفات أيضاً أتعاب المحامي الذي قام بإعداد عقد البيع وتسجيله. وتدخل أيضاً مصروفات الكشف عن العقار المبيع في جهات الشهر لتثبيت مما عليه من الحقوق للغير. وتدخل المصروفات اللازمة لإعداد عقد البيع للتسجيل وما يقتضيه ذلك من نفقات

ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل في ذلك توقيع البائع نفسه^(٣). وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهي عادة رسوم مرتفعة، وقد كانت ٢٣٪ من الثمن ثم ارتفعت إلى ٥٪

ثم ارتفعت أخيراً إلى ٧٪^(٤) (١). وإذا ثقل العقار المبيع امتياز البائع لتأخير دفع الثمن كله

(١) وهذا من الناحية القانونية. أما من الناحية الاقتصادية فالواقع من الأمر أن البائع هو الذي يتحمل مصروفات البيع في النهاية، إذ أن المشتري يدخل هذه المصروفات في اعتباره عند تقديره لثمن المبيع، فيدخل في الثمن هذه المصروفات. وقد كان المشتري يزيد الثمن بمقدار هذه المصروفات لو لم يكن هو الذي يتحملها قانوناً، فيكون البائع هو الذي فاته هذه الزيادة، وهو إذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه (بلانول وريير وهامل ١٠ فقرة ١٩).

(٢) أما علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها الرابطة القانونية بينهما وبينه، فأتعاب المحامي مثلاً يرجع بهلاً على كل من البائع والمشتري إذا وكلاء معاً وفقاً للمادة ٧١٢ مدني التي تجعل الموكلين المتعديين مسئولين بالتضامن نحو الوكيل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١١) وإذا رجع المحامي على البائع بكل أتعابه رجع البائع بها كلها على المشتري، أما إذا رجع المحامي على المشتري لم يرجع هذا بشئ على البائع (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٥٠ ص ٤٢٥).

(٣) أنظر في حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٢٩ ص ٤٢٨ وهامش رقم ٤، وفي أن مصروفات إثبات البائع ملكيته للمبيع كمصروفات إعلام الورثة تكون عليه لا على المشتري المصدر السابق ص ٤٢٩ هامش رقم ٢. وإذا كان البائع في مكان بعيد وتكلف نفقات في الحضور للتوقيع والتصديق على توقيعه، فهذه النفقات يتحملها هو، لأنه ملتزم بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل ونقضى القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام على الملتزم.

(٤) وإذا علم المشتري أن العقار الذي يباعه إياه الوارث لا يزال مكلفاً باسم المورث، فعلى المشتري دفع رسم الأيلولة لتقل التكاليف من المورث إلى الوارث، لأن علم المشتري بعدم دفع الوارث لرسم الأيلولة وعدم اشتراطه شيئاً في خصوص ذلك يفيد رضاه الضمني بتحملها. (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٥ - ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٨). ولكن الأصل هو أن رسم الأيلولة يتحملها الورثة البائعون لا المشتري، فإذا دفعه المشتري مضطراً رجع به على الوارث (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠).

(١) صدر القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر وجعل رسوم التسجيل نسبة بحسب قيمة العقار وتبدأ بـ (٢٪) من قيمة العقار إذا لم يتجاوز قيمة العقار ١٠٠٠ جيه وتصل إلى (١٢٪) من

أو بعصه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل في مصروفات البيع التي يتحملها المشتري . لكن إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع ، فإن مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه الحقوق العينية تكون على البائع لا على المشتري إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك . أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف قد جرى على أن تكون مناصفة فيما بين البائع والمشتري ، وقد جرى العرف أيضاً على أن يأخذ السمسار ٢٥٪ من الثمن من كل من البائع والمشتري إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من السمسرة مباشرة إلى السمسار (١) .

كما ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحملة المشتري ، وهو الذي يقوم به عادة كما سبق القول ، فلا يرجع بشئ منه على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف مخالف (٢) . أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره فتكون على البائع لا على المشتري (٣) ، لأن الرهن الذي يظهره المشتري أت من جهة البائع ، وهذا ما لم يوجد اتفاق مخالف . وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات للبيع يكون هو الذي تسبب

= قيمة العقار إذا تجاوزت ٣٠٠٠٠ جنيه ثم صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ وقضى بأن يخفض إلى النصف الرسم النسبي المستحق على المهررات الخاصة بطلبات الشهر لمدة ثلاث سنوات (م ٣٤ مكرراً) والتي أجازت أيضاً مد العمل بهذا الحكم في شأن المهررات التي تقدم طلباتها بعد ذلك لمدة أو للمدد التي يصدر بتحديد قرار من رئيس الجمهورية ، وأخيراً أصدر المشرع القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٣ ، بإضافة مادة جديدة برقم ٣٤ مكرراً (٢) إلى القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ نصها الآتي : يخفض الرسم النسبي على شهر المهررات بنسبة (٢٥٪) من مقداره المستحق بعد التخفيض المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة (٣٤) مكرراً ومع تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة ذاتها ، ويسرى التخفيض الجديد على المهررات الخاصة بطلبات الشهر القائمة عند بدء العمل به ، وتلك التي تقدم خلال ثلاث سنوات تالية ، ويجوز لرئيس الجمهورية أن يقرر العمل بالتخفيض على الرسوم المشار إليه في الفقرة السابقة ، وذلك لمدة أو لمدة أخرى . وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٣ أن تخفيض الرسوم من شأنه حث المواطنين على شهر التصرفات العقارية واستقرار الملكية العقارية وزيادة حصيلة الدولة من رسوم التسجيل .

(١) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٧ - ١٠ يونيو ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٤٧ .
(٢) وإذا وجد اتفاق بحمل البائع مصروفات البيع ، قيل في هذه الحالة أن المشتري قد اشترى وعقده في يده (contrat en main) ، أي أنه يحصل على العقد دون أن يدفع شيئاً غير الثمن (بودري وسيتيا فقرة ١٩١) .

وإذا أخذ المشتري على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على المبيع ، وجب عليه دفعها ولو صدر قانون زاد الضريبة عما كانت عليه من قبل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٨) . وإذا تعهد المشتري بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع للحكومة ، ثم نزلت الحكومة للبائع عن هذه الضريبة والديون ، وجب على المشتري دفعها للبائع لأنها تعتبر جزءاً من الثمن (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٠٢) .

(٣) جوار ١ فقرة ١٩٧ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٣ هامش ٢ - بودري وسيتيا فقرة ١٩٠ - بلانيول (١) وهامل ١٠ فقرة ٢٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٣٩ ص ٦٢٤ .

فيها بخطأ ، كما إذا أعطى المشتري بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر ، وكما إذا فسخ بخطأ البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التعويض .

٤٢٠ - البائع قام بمصروفات البيع أو بعضها : وقد يقع كما قدمنا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو ببعضها . مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع «الدمغة» ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية . ومثل ذلك أيضاً أن يدفع أتعاب المحامي أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتيازها على العقار المبيع أو نحو ذلك . ففي هذه الحالات يرجع البائع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف .

وللبائع ، في رجوعه على المشتري بما دفعه من مصروفات البيع ، كل الضمانات التي له في الرجوع عليه بالثمن . فيستطيع أن يحبس المبيع ، وأن يطلب فسخ البيع ، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري . وله حق امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات . والظاهر أيضاً أنه يرجع على المشتري بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها ، على أساس أنه وكيل عن المشتري في دفع هذه المصروفات ، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الاتفاق (م ٧١٠ مدني) .

المبحث الثالث تسليم المبيع

٤٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي :
«إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن» .

وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتي :

«نفقات تسلم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك» (٣) .

(١) بودري وسيتيا فقرة ١٩٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩ - ولو اعتبر البائع فضولياً في دفع مصروفات البيع ، فإن له أيضاً الحق في اقتضاء الفوائد القانونية عنها من يوم دفعها : أنظر المادة ١٩٥ مدني .

(٣) تاريخ النص م ٤٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «١٠ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ، ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها» . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلم المبيع دون إبطاء ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ويتسلم في المكان الذي يجب أن يسلمه فيه البائع» . وفي لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لأنها تفيد المعنى المطلوب كاملاً ،

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٥٦/٢٨٤ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٣١ - ٤٣٢ وفي التقنين المدني الليبي ٤٥٢ - ٤٥٣ وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٨٧ - ٥٨٨ وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٧٢ (٢).

= وحورت تحريراً لفظياً فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد، وأصبح النص رقمه ٤٧٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ - ص ١٦١).

م ٤٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٦١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : ١٥ - نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عقد أو اتفاق يقضى بغير ذلك . ٢ - وكذلك الحال في نفقات النقل إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذى ينفذ فيه العقد . ويعتبر البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الآخر . وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، اعتبر البائع راضياً أن يتحمل الرسوم التى تجبى في نقل البضاعة ، وقت اخروج وأثناء العبور وعند الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التى تجبى عند تسليم المبيع . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن مكانها القانون التجارى ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦٢ - ص ١٦٣).

(١) التقنين المدني السابق م ٣٥٦/٢٨٤ : ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك في جميع الأحوال . (الأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣١ - ٤٣٢ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ - ٤٧٤ مصرى - وانظر القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٠ - فقرة ٢٤١ وقرة ٢٤٤).

التقنين المدني الليبي م ٤٥٢ - ٤٥٣ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ - ٤٦٤ مصرى).

التقنين المدني العراقي م ٥٨٦ : ١ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها - ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذى يجب أن يسلمه فيه البائع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

م ٥٨٧ : نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك . (وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٣١ - فقرة ٣٣٣ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٨ - فقرة ٥٨٦).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٧٢ : يجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان والزمان المعيّنين في العقد . وإذا لم يكن هناك نص مخالف ، وجب عليه أن يتسلم المبيع بلا إبطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . وإذا لم يحضر لاستلام المبيع ، أو حضر بدون أن يعرض دفع الثمن في الوقت نفسه ، وكان البيع نقداً ، فطبق القواعد المتعلقة بتأخر المدين . وإذا كان من الواجب تسليم =

ونبحث في تسليم المبيع : (١) كيف يكون التسليم . (٢) زمان التسليم ومكانه . (٣) نفقات التسليم . (٤) الجزاء على الأخلال بالتزام التسليم .

٤٧٢ - كيف يكون تسليم المشتري للمبيع : التسليم في أغلب صورته هو العملية المتبعة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفي أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشتري فعلاً المبيع من البائع على هذا النحو ، فيسلم البائع المبيع إلى المشتري ويتسلمه المشتري من البائع ، ويتم التسليم والتسلم في وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع المبيع تحت المشتري ، ويكون المشتري متمكناً من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولى عليه فعلاً ، فيكون البائع قد قام بالتزامه من تسليم المبيع ، ولم يقم المشتري بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشتري حائزاً للمبيع (٢).

فيلتزم المشتري إذن بأن يتسلم المبيع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلاً . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشتري بتسلم المبيع في حالة ما إذا كان التسليم واجباً في موطن البائع أو في موطن آخر غير موطن المشتري وكان المبيع منقولاً . ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري في الميعاد المحدد للتسليم إلى موطن البائع أو إلى المكان الذى يجب فيه تسليم المبيع ليتسلمه ولينقله من مكانه (٣) إلى المكان الذى يريد أن يضعه فيه ، فيخلى بذلك المكان الذى كان شاغلاً له عند البائع ، كان المشتري مخلاً بالتزامه بتسلم المبيع ، وجاز للبائع وفقاً للقواعد العامة إعداره وإلزامه بالتسلم أو طلب الفسخ على النحو الذى سنبينه .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التى تتفق مع طبيعة المبيع . فتسلم العقار يكون بحيازته بعد أن يخلية البائع على ما قدمنا . وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بحيازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه . وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإيداع البائع إياها لحساب المشتري في مصرف . وقد يتسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو الخزان أو الصندوق أو أى مكان آخر يحتوى على هذا المنقول ، أو بتحويل البائع له سند الإيداع أو التخزين إذا كان المنقول مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله . وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق المرور أو حق شخصي ، فقد يتم التسليم بأخذ المشتري

= الأشياء المبيعة دفعات متوالية ، فالتخلف عن استلام الدفعة الأولى ينتج المفاعيل التى ينتجها عدم استلام المجموع - ذلك كله ما لم يكن اتفاق مخالف بين الفريقين .

أنظر أيضاً المادة ٤١٣ وقد سبق ذكرها أنفاً فقرة ٤١٨ في الهامش .

(١) أنظر أنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) يبدان ١١ فقرة ٢٧٤ .

السد الحق أو باستعماله للحق فعلاً . والتسليم الحكمي من جانب البائع يتضمن تسليماً حكماً من جانب المشتري ، فالمشتري الذي يشتري شيئاً كان في حيازته قبل البيع ويستبقه في حيازته كمشتري يكون قد تسلم المبيع تسليماً حكماً ، وترك المشتري المبيع للبائع يحوزه بسبب آخر كإيجار أو رهن أو ودعة يعد تسليماً حكماً من المشتري للمبيع ، وإذا أجز المشتري المبيع ، وقبضه المستأجر من البائع رأساً كان هذا تسليماً حكماً للمبيع من المشتري . وقد سبق أن بسطنا القول في كل عند الكلام في طريقة تسليم المبيع (١) .

٤٢٣ - زمان تسلم المبيع ومكانه : زمان تسلم المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان معين وفي مكان معين سبق بيانهما (٢) ، ويكون المشتري عادة ملتزماً بتسليم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان ، إذ يغلب كما قدمنا أن التسليم يعقبه التسلم دون إبطاء إلا ما يقتضيه التسلم من زمن . فعندما يسلم البائع المبيع للمشتري ، يتسلمه المشتري فوراً في نفس الزمان وفي نفس المكان .

علي أنه قد يتراخى تسلم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زماناً للتسليم يلي الزمان الذي يتم فيه التسليم ، كأن يكون المبيع متقولاً مودعاً في مكان معين فيتفق المتبايعان على أن يضع البائع تحت تصرف المشتري مفاتيح هذا المكان بإداعها في جهة معينة يستطيع المشتري أن يأخذها منها في أي وقت شاء على ألا يتأخر عن تسليم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من قـت إيداعها . أما أن يكون التسليم غير مكان التسليم فهذا مما لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسلم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « كما أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه . وزمان التسليم ومكانه يحددهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسلم دون إبطاء بمجرد التسليم من البائع ، إلا ما يقتضيه التسلم من زمن ، ووجب أن يكون في مكان التسليم » (٣) .

٤٢٤ - نفقات تسلم المشتري للمبيع : قدمنا أن نفقات تسليم المبيع تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ونفقات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع بفرز يأخذى هذه الطرق ، ومصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذي يوجد فيه المبيع إلى المشتري ، والرسوم الجمركية المستحق على

(١) أنظر أنفاً فقرة ٣٠٨ .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٣٠٨ - فقرة ٣١١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ .

(١) أنظر أنفاً فقرة ٣١٢ .

(٢) أنظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدي ، وهي الفقرة التي حذفت في لجنة المراجعة ، أنفاً فقرة ٤٢١ في الهامش .

البضائع المبيعة التي يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه (١) . أما نفقات تسلم المبيع فتكون على المشتري لا على البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا في المادة ٤٦٤ مدني ، وهي ليست إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن والتي تقضي بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م ٣٤٨ مدني) ، والالتزام بالتسليم المدين فيه هو المشتري ومن ثم تكون نفقاته عليه كما أن الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذي يتحمل النفقات .

ومن مصروفات تسلم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسلم إلى المكان الذي يريده المشتري ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشتري نفقات نقله من هذا المكان . وإذا كان المبيع لمرأ على الشجر - كشجر المانجو والموالح والموز ونحوها - وبيع على هذه الحالة ، فمصروفات قطعه من الشجر تكون على المشتري لا على البائع ، وكذلك الحال في كل محصول يبيع في الأرض قائماً لا مقطوعاً . وإذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن في مكان التصدير ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى أن يفرغ في محطة الوصول تكون على المشتري لأنها مصروفات أنفقت لتسلم المبيع . أما إذا كان تسلم المبيع عند التفريغ في محطة الوصول ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى هذه المكان تكون مصروفات أنفقت لتسليم المبيع لا لتسلمه ، فتكون على البائع لا على المشتري . وكذلك الحال في الرسوم التي تجبى على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم « الترنزيت » أثناء العبور والرسوم التي تجبى عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشتري إذا كان مكان التسلم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع إذا كان مكان التسلم هو محطة التصدير .

وهذا كله ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف . فقد يقضى العرف التجاري بأن مصروفات التفريغ تكون على المشتري ، فيتحملها ولو كان التسلم في مكان التفريغ . وقد يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التي تجبى في نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسلم في مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التي تجبى على استهلاك المبيع في هذه الحالة ، بل الذي يتحملها هو المشتري لأنه هو الذي يستهلكها وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على غيره (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « أما ما يقتضيه التسلم من نفقات - في النقل والشحن وغير ذلك - فهو على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق

أو عرف يقضى بغير ذلك . ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسليم (اقرأ المكان الذى يريده المشتري فان مكان التسليم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول) إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري . وإذا كان المشتري فى مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه . بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصاً ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها فى الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشتري . أما رسوم الاستهلاك التى قد تجبى عند تسليم المبيع ، فهي على المشتري . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها^(١)

٤٢٥ - الجزء على اخلال المشتري بالتزام تسليم المبيع : فإذا أخل المشتري بالتزامه من تسليم المبيع ، بأن كان مكان التسليم فى موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه ، أو كان فى جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسلم ، أو كان فى موطنه هو فأتى له البائع بالمبيع فرفض تسليمه ، أو تخلف المشتري عن تسليم المبيع فى الميعاد المحدد للتسلم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبراً عليه . وقد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري ، أو يتم عن طريق الحكم على المشتري بغرامة تهددية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسليم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العيني . ويسبق ذلك كله إعدار البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسليم المبيع .

كذلك يجوز للبائع ، بعد إعدار المشتري ، أن يطلب فسخ البيع . ويبقى للقاضى سلطته التقديرية ، فإذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع ، وفقاً للقواعد المقرر فى الفسخ القضائى . وقد يوضع فى البيع شرط فاسخ اتفاقى ، فيتبع فى شأنه جميع القواعد التى سبق ذكرها فى شأن الفسخ الاتفاقى عند عدم دفع الثمن^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ١٦٢ - من ١٦٣ .

(٢) وقد يكتفى البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، أى بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الامتلاء عليه ، ولا يطالب المشتري بعد ذلك بتسلمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له مطالبة المشتري بالثمن ، سواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه .

(٣) وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، فالتخلف عن تسليم الدفعة الأولى يكون بمثابة التحصيف عن تسليم كل المبيع (أنظر م ٤٧٢ لنائى أنفاً فقرة ٤٢١ فى الهامش) ، ولكن التخلف عن تسليم الدفعات الأخيرة لا يحس ما تم تسليمه من الدفعات الأولى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٦ من ٩٩ - أوبرى وسبينا فقرة ٥٩٩) .

وإذا أعذر المشتري البائع بطالته بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يحتج على المشتري بعدم تسليمه للمبيع ، أن يعذره هو أيضاً بالتسلم حتى يثبت عليه التأخر فى تنفيذ هذا =

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ ، فله فى الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع ، وذلك كأجر المكان الذى يبقى مشغولاً بالمبيع بعد حلول وقت تسليمه^(١) .

= الالتزام (استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ٢٥٧) .

ومن اشترى طيناً للسجاد ملزم بتسلمه من التركة التى يوجد فيها ، وليس له أن يقيه ليأخذ منه بما حاجته لتسميد أرضه ، وللبائع إجباره على التسليم أو وضع الطين فى مكان معين على ذمة المشتري (استئناف مخطط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٥٣) .

(١) أنظر فى كل ذلك يودرى وسبينا فقرة ٥٩٤ - بلاتيوول وريير وهالم ١٠ فقرة ١٤٤ .

نظرة عامة في عقد المقايضة

٤٢٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدني على ما يأتي:

«المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود».

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتي:

«إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً»^(١).

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٥٦-٣٥٧ من التقنين المدني الوطني^(٢).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادتين ٤٥٠-٤٥١ وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٧١-٤٧٢ وفي

(١) تاريخ النصوص:

م ٤٨٢: ورد هذا النص في المادة ٦٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا عبارة «على سبيل التبادل» فقد أضيفت في لجنة المراجعة بعد أن أقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٣).

م ٤٨٣: ورد هذا النص في المادة ٦٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٠ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥).

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٣٥٦: المعاوضة عقد به يلتزم كل من المتعاضدين المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً بدل ما أخذه منه.

م ٣٥٧: تحصل المعاوضة بمجرد رضا المتعاقدين بها بالكيفية المقررة للبيع.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن المقايضة في التقنين المدني السابق، «لم يرد شيء عن عقد المقايضة في التقنين المختلط. أما التقنين الأهلى فقد أورد في شأنه خمسة نصوص (م ٣٥٦-٣٦٠) اقتصر على تطبيق القواعد العامة، فيما عدا نصاً واحداً (م ٣٥٩) شذ عن هذه القواعد شذوفاً لا مبرر له. وقد أصلح المشروع هذا العيب، وأورد نصوصاً تعرض لمميزات خاصة في عقد المقايضة: ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٢. وانظر أيضاً ص ٢٣٨).

التقنين المدني العراقي المادة ٥٩٩- وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٩٩-٥٠١ (١)

٤٢٧- تمييز عقد المقايضة عن عقد البيع: ويظهر من النصوص المتقدم ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع في أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ من النقود وهو الثمن، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما مبلغاً من النقود. ففي البيع يوجد مبيع وثمن، أما في المقايضة فلا يوجد ثمن ولكن يوجد مبيع ومبيع إذ الشيطان المتقايض فيهما يكون كل منهما في حكم المبيع (١)(٢).

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر، كمبادلة دار بأرض أو سياراً بآلة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك. بل هي قد تكون مبادلة حق عيني آخر أو حق شخصي بالملكية أو بأى حق عيني أو شخصي آخر، كمبادلة رقة دار بحق انتفاع في دار أخرى أو في أرض، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق، ومبادلة حق انتفاع بحق ارتفاق بحق شخصي (١)(٢).

ولكن لا بد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق، فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل، كما إذا أعطى شخص أرضاً لآخر في نظير أن يقوم له بعمل معين أو في نظير أن يمتنع عن عمل معين، فهذا العقد ليس مقايضة بل هو عقد غير مسمى.

ولا بد أن تكون المقايضة كما قدمنا مبادلة حق غير نقدي، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة، وهذا هو الذي يميزها عن عقد البيع. ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكون محدداً (soult)، فيما إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين فإنه يجوز، طبقاً للمادة ٤٨٣ مدني المتقدم ذكرها، تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً. فإذا قايض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر، وكانت قيمة الدار ألفي وقيمة الأرض ألفاً وخمسمائة في نظر المتقايضين، فإن صاحب الدار يأخذ في مقابل دار الأرض ومعهما معدل من النقود مقداره خمسمائة، ويبقى العقد مع ذلك عقد مقايضة. وقد اختلفت الآراء، في هذا الصدد، فيما يميز عقد المقايضة بمعدل عن عقد البيع. فذهب رأى إلى وجوب الرجوع إلى نية المتعاقدين، فإن أرادا العقد بيعاً فهو بيع وإلا فهو مقايضة. وذهب رأى ثان إلى جعل العقد بيعاً إذا كان المعدل أكثر من قيمة الشيء الذي قرن به لتكميل قيمته، فإن كان المعدل أقل فالعقد مقايضة. وذهب رأى ثالث، وهو الرأي الصحيح، إلى أن العقد يكون مقايضة إلا إذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشيء الذي قرن به لتكميل قيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشيء. ففي المثال المألف الذكر إذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة، فبودلت الدار بالأرض

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٥٠-٤٥١ (مطابقتان للمادتين ٤٨٢-٤٨٣ مصري. وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣١٠ - فقرة ٣١٥).
التقنين المدني الليبي م ٤٧١ - ٤٧٢ (مطابقتان للمادتين ٤٨٢-٤٨٣ مصري).
التقنين المدني العراقي م ٥٩٩ (مطابقة للمادة ٤٨٣ مصري- وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٢٦ - فقرة ٦٤١).
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٩٩: المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن يؤدي شيئاً للحصول على شيء آخر.

م ٥٠٠: تتم المقايضة بمجرد رضا الفريقين. أما إذا كان موضوع المقايضة عقارات أو حقوقاً عينية على عقارات، فتطبق أحكام المادة ٣٩٣ وأحكام القوانين المقارنة المعمول بها.
م ٥٠١: إذا عقدت المقايضة على أشياء تتفاوت قيمتها، فللمتعاقدين أن يؤديا الفرق من النقود أو من أشياء أخرى.

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري).

(٢) أنظر المادة ٥٩٧ عراقي وتنص على ما يأتي: ١- لكل من البدلين في بيع المقايضة حكم البيع، فيختار فيهما شروطه. وإن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معاً. ٢- ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه.

(١) مؤدى نص المادة ٤٨٥ من القانون المدني أن المقايضة تسري عليها في الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له مقايض به ومشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه - غير أن طبيعة المقايضة - التي ترجع إلى عدم وجود بيع وثمن بل مبيع ومبيع - قد تقضى ببعض مفارقات عن أحكام البيع وهي المتعلقة بالثمن والتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة وكذلك ما ورد في حكم المادة ٤٨٤ من القانون المدني بشأن مصروفات عقد المقايضة وبما عدا ذلك فإن الآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ومنها التزامات كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق.

(جلسة ١٩٨٤/٦/١٤ الطعن ٤٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢ الطعن ١٦٧٨ لسنة ٥٦)

(١) أوبرى ورد ٥ فقرة ٣٦٠ هامش ١- بودري وسينا فقرة ٩٧٣ - بلانيول وريير وهامش ١٠ فقرة ٣٩٣ (١) المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر بل هي قد تكون مبادلة حق انتفاع بحق انتفاع ويصير عليها في الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً وقايض به، ومشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه، والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع، فينضم كل من المتقايضين بنة ملكية الشيء الذي قايض به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه إياه ولضمانه التعرض والاستحقاق.
(جلسة ١٩٨٤/١/١ الطعن ١٨٤ لسنة ٥٣ق م ٣٥ ص ١١١)

ومعها ألف وخمسمائة، كان العقد بيعاً لا مقايضة (١).

٤٢٨- تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها - نص قانوني - وتنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدني على ما يأتي: «تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشئ الذي قايز به، ومشترياً للشئ الذي قايز عليه» (٢).

ويخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها في الأصل أحكام البيع، فيعتبر كل متقايض بائعاً للشئ الذي كان مملوكاً له وقايز به، ومشترياً للشئ الذي كان مملوكاً للطرف

١- الموافقات بين المقايضة والبيع

٤٢٩- الأركان الآثار - تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم الذكر بالنسبة إلى أركان المقايضة وبالنسبة إلى الآثار التي تترتب عليها.

٤٣٠- أركان المقايضة - المقايضة كالبيع عقد رضائي، يتم بتوافق الإيجاب والقبول (١). ولا يشترط فيها شكل خاص، ويثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات بقيمة أحد الشيئين المتقايض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان في القيمة، وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشئ محل هذا الالتزام. وأركان المقايضة التراضي والمحل والسبب.

ويشترط في التراضي أن يوجد، وأن ينصب على المقايضة لا مجرد وعد بها. على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع، وتسرى على الوعد بالمقايضة الأحكام التي تسرى على الوعد بالبيع (٢). ولا يكفي وجود التراضي، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً. والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية، والأهلية في المقايضة هي نفس الأهلية في البيع. وحدود ولاية الولي والوصي والقيم في المقايضة هي نفس حدودها في البيع ويدخل في ذلك تعاقد الشخص مع نفسه. ولا يكون التراضي صحيحاً أيضاً إلا إذا كان خالياً من عيوب الرضاء: الغلط والتدليس (٣) والإكراه والاستغلال. وخيار الرؤية في المقايضة، كخيار الرؤية في البيع، ينتهي إلى وجوب تعيين الشئ المتقايض عليه وعلم المتقايض. وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع، فتجوز مثلاً المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق، وتسرى نفس الأحكام التي تسرى على بيع التجربة وبيع المذاق.

والركن الثاني للمقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما. ويشترط في كل منهما م يشترط في المبيع، إذ أن كلا منهما في حكم المبيع كما قدمنا. فيجب أن يكون الشئ

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨) وانظر أيضاً فقرة ١١- ونظر نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤ - بودري وسينيا فقرة ٩٧٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٧ وقرة ٤٠٣ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٦١٨ - جوسران ٢ فقرة ١١٧٤.

ومبادلة رأس مال بإيراد مدى الحياة تكون مقايضة (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ ص ٨٠٧ هامش ١- جوسران ٢ فقرة ١١٧٠). ومبادلة نقد بنقد صرف في الفقه الإسلامي. وقد يكون أحد البديلين أو كلاهما مجموعاً من المال كتخراج الوارث على حصته في الميراث في مقابل متجر يعطيه إياه الوارث الآخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٦).

والأصل في المعدل أن يكون نقوداً، وقد يكون غير نقود (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣ - م ٥٠١ لبناني أنفاً فقرة ٤٢٦ في الهامش).

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ و ص ٢٤٠).

ومقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ٣٦٠: تنبع في المعاوضة القواعد المختصة بمشارطة البيع.

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٤٥٣ (مطابقة للمادة ٤٨٥ مصري).

التقنين المدني الليبي م ٤٧٤ (مطابقة للمادة ٤٨٥ مصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٩٧: ١- لكل من البديلين في المقايضة حكم المبيع فتعتبر فيهما شروطه. وإن وقعت منازعة في أمر التسليم، لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايضين معاً. ٢- ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشئ الذي قايز به، ومشترياً للشئ الذي قايز عليه. (والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٥٠٣: تطبق قواعد البيع على قدر ما تسمح به ماهية هذا العقد، وخصوصاً ما يتعلق منها بصحان الاستحقاق والعيوب الخفية وبإعلان التعاقد على ملك الغير. (والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري).

(١) وكانت المقايضة في القانون الروماني عقداً غير مسمى يتم بتسليم أحد الشيئين.

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٩٧ ص ٩٨٨.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن استحالة رد الأطيان المتبادل عيها بسبب نزع ملكيتها من يد المتبادل الذي يتمسك بإعلان المبادلة ليست في حد ذاتها مانعاً من قبول دعوى البطلان، أما إذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان يهض دليلاً على إحالة المتبادل للعقد المشوب بالتدليس فعندئذ لا تقبل منه دعوى البطلان (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٦١٨ ص ١٢١٣).

المتقايز فيه موجوداً، والشئ المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال القضاء ولا المحامي بالمقايضة مع موكله على النحو الذي رأيناه في البيع^(١). ويجب أن يكون الشئ المتقايز فيه معيناً تعييناً كافياً، وتجوز المقايضة في شئ جزاء وفي شئ معين بالتقدير كيلاً أو مقاساً أو وزناً أو عدداً، فتجوز مقايضة عشرة أرداب من القمح بعشرين أردباً من الليرة مثلاً. ويجوز تعيين الشئ المتقايز فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع، ويصح أن يكون الشئ المتقايز فيه حصّة شائعة كما يصح ذلك في البيع. ويجب أن يكون الشئ المتقايز فيه صالحاً للتعامل فيه، وبخاصة يجب أن يكون مشروعاً. ويجب أخيراً أن يكون الشئ المتقايز فيه مملوكاً للمتقايز، والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المتقايز الآخر. كذلك المقايضة في مرض الموت، كالبيع في مرض الموت، ويفرض فيها أنها تستر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية. وحكم مقايضة الوارث بمال التركة قبل سداد الدين هو حكم تصرفه بالبيع، وكذلك يسرى حكم البيع في المقايضة بالمال المحجوز عليه وفي مقايضة المعسر بماله.

والركن الثالث في المقايضة هو السبب، وتسرى فيه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب.

٤٣١ - الآثار التي تترتب على المقايضة - والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشتري. فيلتزم كل من المتقايزين بنقل ملكية الشئ الذي يقايز به إلى الطرف الآخر، كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية.

وتنتقل ملكية الشئ المتقايز فيه من مالكة إلى المتقايز الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات، وبالإفراز فيما عين بنوعه، وبالتسجيل في العقار^(٢). وتترتب على

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٣.

(٢) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع في المقايضة كما يجوز ذلك في البيع، وتسرى نفس القواعد.

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المورث قد تصرف في أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل، ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بمقد بيع مسجل، فأقام هذا الأخير دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر، ففرض برفض دعواه ابتاعاً لما هو مقرر في التشريع الفرنسي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٨ ص ٩٦٠).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد المقايضة غير المسجل يلزم كل مقايض بالأعمال اللازمة بالتسجيل كما في البيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١١٠).

انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال الملكية في البيع. ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً في تملك العقار بالتقادم القصير^(١) وفي تملك المنقول بالحيازة.

ويلتزم كل متقايز بتسليم الشئ الذي قايز به إلى المتقايز الآخر في الحالة التي كان عليها وقت المقايضة. وحكم العجز والزيادة في مقدار الشئ المتقايز فيه هو نفس حكم العجز والزيادة في مقدار البيع^(٢). والطريقة التي يتم بها التسليم، وزمان التسليم ومكانه ونفقته، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام^(٣)، كل ذلك تسرى عليه الأحكام التي تسرى على الالتزام بالتسليم في البيع. ويتحمل كل متقايز تبعة هلاك الشئ الذي قايز به إذا وقع الهلاك قبل التسليم، بالتفصيلات التي قررناها في البيع.

ويلتزم كل متقايز بضمان التعرض والاستحقاق في الشئ الذي قايز به على النحو الذي رأيناه في البيع^(٤). ولكل منهما حبس الشئ الذي قايز به أو فسخ المقايضة إذا استحق الشئ الذي قايز عليه أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان^(٥).

= وقضت أيضاً بأنه لا يحتج بالمقايضة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية كما لا يحتج بأي تصرف آخر (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٦)، فإذا كانت المقايضة بمعدل حل المقايض محل الدائن المرتهن الذي دفع له المعدل (نفس الحكم السابق).

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩٥.

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٨٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٦٣.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة إذا لم يسلم المتقايز ما قايز به إلى

المقايض الآخر (استئناف وطني ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ الحقوق ٢٧ ص ١٢٩ - ومع ذلك قارن =

= استئناف وطني ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/٦٦ ص ١٨٤). وقضت محكمة

استئناف مصر بأنه إذا لم يوف أحد المتقايزين بما قايز به، فلآخر الفسخ والمطالبة بتعويض يقاب

المنفعة التي حصلت للمتقايز المحكوم عليه بالفسخ ولو كان هذا الأخير حسن النية (استئناف مصر ٧

يناير سنة ١٩٣١ الحاماة ١١ رقم ٥٣١ ص ١٠٤٨). وانظر في استحقاق التعويض للتأخر في تسليم

الأرض المقايض عليها بعد الإعذار (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٤٣

ص ٦٦٦).

(٤) نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموع

عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ - استئناف وطني ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٤

ص ٥٠ - وفي انطباق قواعد فسخ البيع على فسخ المقايضة أنظر: استئناف مختلط ٤ يونيو سنة ١٩١٤

م ٢٧ ص ٤١٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٨.

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠.

كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يتضمن نصين في هذا الصدد هما مجرد تط

للقواعد العامة، فحذفنا في لجنة المراجعة. فكانت المادة ٦٥٦ من المشروع التمهيدي نص على أنه

تسلم أحد المتقايزين الشئ الذي قايز عليه، ثم أثبت بعد ذلك أن الطرف الآخر لا يملك

الشئ، فلا يجوز أن يجبر على تسليم الشئ الذي قايز به، وليس عليه إلا أن يرد ما تسلمه،

٢- المفارقات بين المقايضة والبيع

٤٣٢- مبدأ عام: يمكن القول بوجه عام إن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لا تسرى في عقد المقايضة، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة

= وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «إذا استحق الشئ المقايض عليه في يد المقايض، أو رد بعيب، جاز للمقايض أن يسترد الشئ الذى قايض به أو أن يطالب بقيمة الشئ الذى قايض به أو أن يطالب بقيمة الشئ الذى قايض عليه وقت الاستحقاق أو وقت المقايضة خالياً من العيب، وله في الحالتين أن يطالب بتعويض إذا كان هناك وجه لذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٥-٢٣٧ في الهامش). وتنص المادة ٥٩٨ من التقنين المدنى العراقى على أنه «إذا استحق الشئ الذى تسلمه المقايض أو رد بعيب، جاز لهذا المقايض إما أن يسترد الشئ الذى قايض به، وإما أن يطالب بقيمة الشئ الذى قايض عليه وقت الاستحقاق أو قيمته وقت المقايضة خالياً من العيب. وله في الحالتين أن يطالب بتعويض، إذا كان هناك وجه لذلك».

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدنى الوطنى السابق تنص على أنه «إذا كان أحد المتعاضدين استلم العوض قبل تسليم العوض الآخر، ثم ألبت أن ما استلمه لم يكن ملكاً للمتعاقد معه، فلا يجوز إجباره على تسليم ما تعهد بإعطائه بدل ما أخذه، وإنما يجبر على رد ما استلمه فقط». ثم أوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصاً يشتمل على حكم يتعارض مع القواعد العامة، فقضت بأنه «إذا كان أحد المتعاضدين تسلم عوض ما أعطاه، ثم ظهر أنه ليس ملك المتعاقد وانتزعه منه مالكة الحقيقي، فيكون المتسلم المذكور مخيراً بين طلب تضمينات وبين طلب رد عين ما أخذه منه ولو كان تحت يد غير المتعاقد معه إذا كان عقاراً إلا إذا مضت في هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشاركة المعاوضة». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الصدد: «وهذا حكم غير مفهوم، إلا إذا قيل إن الأجنبى قد ملك العقار بالتقادم القصير، على أن هذا التعليل لا يصح في كل الأحوال، فقد يكون الأجنبى سعي النية، وقد تكون مدة حيازته للعقار أقل من خمس سنوات ويكفى لتحقيق ذلك ألا تنتقل إليه حيازة العقار إلا بعد عقد المقايضة كما هو الغالب. وقد حذف المشروع هذا الحكم الغريب» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٩). وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة في الشق الأخيرة من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم يصبح المتقايض بحرورها ذات حق مكتسب، بل هي من مدد السقوط يسقط بانتقضائها حق المتقايض الذى استحق عنده القبض في رفع دعوى استرداد القبض الذى أعطاه (نقض مدنى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢-٦٣) وانظر أيضاً في صدد هذا الصدد: نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ الحاماة ٧ رقم ٩ ص ١٥ - محكمة قنا التتافى ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص ٢١٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٦٣٤ - فقرة ٦٣٥

والعبرة بوقت تمام المقايضة، فإن كانت قد تمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فنص التقنين المدنى السابق هو الذى يسرى فيما بين الوطنيين دون الأجانب، وإلا فالتقنين المدنى الجديد هو الذى يسرى.

المقايضة. فالمقايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا، فأحكام البيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل في عقد المقايضة ولا تسرى في هذا العقد بداهة. فإذا دخل عنصر النقد في المقايضة - ويتحقق ذلك في المقايضة بمعدل من النقود - سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذى لا يتعارض مع عقد المقايضة^(١)، فثبتت مثلاً حق امتياز للمتقايض الدائن بالمعدل على الشئ الذى قايض به^(٢). والتزام المشتري الذى لا يتعلق بالثمن، وهو التزامه بتسلم المبيع، تسرى أحكامه في عقد المقايضة كما تسرى في عقد البيع.

٤٣٣- تطبيقات لهذا المبدأ العام - نص قانونى: ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التى تتعلق بوجوب أن يكون الثمن نقوداً وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وأن يكون جدياً، وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الغبن الفاحش^(٣) في البيع، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها في عقد المقايضة.

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشتري فيما يرجع منها إلى الثمن، كالتزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها في عقد المقايضة. إلا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشتري لثمر المبيع ونمائه وتحمل نفقاته، وحبس المشتري للثمن (وبقائه الشئ المقايض به) حتى يستوفى المبيع غير مهدد بتعرض أو استحقاق وغير معيب، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن (وبقائه الشئ المقايض عليه)، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (وبقائه الشئ المقايض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته، كل هذه الأحكام تسرى في عقد المقايضة كما تسرى في عقد البيع^(٤).

(١) فيجوز للمقايض الذى له حق في المعدل أن يجبر المقايض الآخر على دفع المعدل مع التعويض فإن كان له مقتضى، ويجوز لدائته أن يستعمل حقه هذا (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٨٨). وإذا كان المعدل في المقايضة ضريبة متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة، المقايض الذى كان مسؤولاً عن هذه الضريبة وحولها على المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها على هذا المقايض الآخر (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥).

(٢) أما في غير المعدل فلا امتياز للمتقايض على العين التى أعطاه (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١).

(٣) أنظر في الغبن الفاحش آنفاً فقرة ٢٢١، حتى لو كانت المقايضة بمعدل (هودرى وسينيا فقرة ٩٩٥)، إذ المعدل لا يحول المقايضة بيماً (أوبرى رور ٥ فقرة ٣٦٠ ص ١٨٥) - قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور (ص ٣١٠) ويذهب إلى أن علة حكم العين الفاحش تتوافر في المقايضة، وإلى أن طبيعة المقايضة لا تتعارض مع إعمال هذا الحكم، فتقدر قيمة العقار الذى قايض عليه القاصر وتنسب إلى قيمة العقار الذى قايض به. وغنى عن البيان أننا لو أعملنا حكم الغبن الفاحش في المقايضة، لاقتضى الأمر تقدير عقارين، لا تقدير قيمة عقار واحد كما في البيع، ولكن هذه المشقة قد يعدها استكمال حماية القاصر في المقايضة كما استكملت في البيع.

(٤) ويجوز فسخ المقايضة لعدم دفع المعدل، كما يجوز فسخ البيع لعدم دفع الثمن. فالمعدل إذن، كالثمن، مضمون بحق الفسخ وحق الامتياز، وهذا غير التنفيذ العيني (أوبرى رور ٥ فقرة ٣٦٠ ص ١٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٦٣).

ومما يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي: (١) لا يتصور في المقايضة دفع عربون، إلا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة. (٢) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع بالتقسيط أو تقابل الإيجار السائر للمبيع. (٣) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء (١). (٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير. (٥) لا تسرى في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه (٢)، ولا أحكام العجز في المقدار (٣). (٦) لا يوجد حق امتياز لأي حق المتقايضين على الشيء الذي قايس به، لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الثمن. ولكن إذا وجد في المقايضة معدل، كان مصحوباً بحق امتياز كما سبق القول. (٧) لا شفعة في المقايضة (٤).

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قايس به يعتبر كذلك كل منهما مشترياً لما قايس عليه، ما نصت عليه المادة ٤٨٤ مدني من أن «مصرفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك» (٥). والأصل في عقد البيع أن مصرفات البيع يتحملها المشتري كما قدمنا، فإن أردنا تطبيق هذا الحكم على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لما قايس عليه.

(١) قارن مع ذلك أنسيكلوبيدي دالوز ٢ لفظ échange فقرة ١٥ - وقارن أيضاً الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٢٦ ص ٣٠٩)، ويذهب إلى أن الحكم الخاص ببطالان بيع الوفاء لا يسرى على المقايضة لانقضاء علة البطلان، فإذا اشترط في العقد احتفاظ أحد المتقايضين بحقه في استرداد ما قايس به إذا هو رد ما قايس عليه في مدة معينة كان العقد صحيحاً.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٥.

(٣) استئناف مختلط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٩.

(٤) إلا إذا أخفى البيع تحت ستار المقايضة (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢٧).
(٥) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٥ - ص ٢٣٧). ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص. ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري ٤٥٢ (مطابقة للمادة ٨٤: مصري).

التقنين المدني الليبي ٤٧٣ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصري).

التقنين المدني العراقي ٦٠٠ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصري).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني ٥٠٢: تقسم حتماً مصاريف العقد ونفقاته القانونية بين المتقايضين ما لم يكن هناك اتفاق آخر بينهما. (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري).

ووجب تبعاً لذلك تقسيم هذه المصروفات مناصفة بينهما (١). وبوجه خاص وجب تقسيم رسوم التسجيل (٢) بينهما مناصفة، دون اعتداد بما عسى أن يوجد من فرق في القيمة بين البدلين. وهذا كله ما لم يوجد اتفاق (٣) أو عرف يقضي بغيره (٤).

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون في المقايضة من معدل، فنفقات المعدل تظم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين. ويذهب أوبري ورو إلى جعل نفقات المعدل على المترحم به (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٦٠ هامش ١٦).

(٢) وهي أقل في المقايضة منها في البيع (وكانت من قبل ٢٢ ثم ارتفعت إلى ٢٣). وإذا تفاوت البدلان في القيمة، كان العقار الأكبر قيمة هو المعتبر لتقدير رسوم التسجيل (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٥). وإذا كانت المقايضة حقيقتهما بيع. كأن اشترى شخص مزرعة بمبلغ ١٠٠.٠٠٠ دفع منه نقداً ٩٤.٠٠٠ ومنزلاً قيمته ٦.٠٠٠، فهناك أحكام قضت بوجوب دفع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمنزل فكلاهما مبيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٥ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٠١). وهناك أحكام أخرى، وفيها حكم الدوائر المحترمة لهكمة الاستئناف المختلطة، قضت بحمل الرسوم على أعلى العقارين قيمة مهما كان مقدار المعدل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المحترمة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٧ - استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٩).

(٣) ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على معدل (بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣).

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وتجمل المادة ٦٥٥ (من المشروع التمهيدي) مصرفات عقد المقايضة مناصفة بين المتقايضين، وهذا طبيعي لأن كلا منهما يعتبر مشترياً لما قايس عليه. ويجوز الاتفاق على غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٩).

فهرس لمشتملات الكتاب

صفحة

تمهيد العقود المسماة وتقسيماتها المختلفة

٣	العقود المسماة
٩	التقسيمات المختلفة للعقود المسماة
١٣	العقود التي ترد على الملكية

الباب الأول عقد البيع مقدمة

١٩	التعريف بالبيع
٢٢	البيع ونقل الملكية
٢٢	خصائص عقد البيع - اشتباهه بعقود أخرى
٣١	أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة
٣٢	تنظيم عقد البيع في التقنين المدني السابق
٣٣	تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد
٣٥	خطة البحث

الفصل الأول - أركان البيع

٣٦	الفرع الأول - التراضي في عقد البيع
٣٦	المبحث الأول - شروط الانعقاد
٣٦	المطلب الأول - التبايع أصالة
٣٧	١ - تطابق الإيجاب والقبول:
٣٧	العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول
٤١	صور عملية للإيجاب
٤٥	شكل عقد البيع
٤٦	إثبات عقد البيع
٤٧	تفسير عقد البيع
٤٨	٢ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون:

٤٨	الوعد بالبيع:
٤٩	الوعد بالبيع من جانب واحد
٦١	الوعد بالشراء من جانب واحد
٦٥	الوعد بالبيع والشراء
٦٩	البيع الابتدائي:
٧٠	الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي
٧٢	مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي
٧٥	البيع بالعربون:
٧٥	أحكام البيع بالعربون
٧٩	التكليف القانوني للعربون
٨١	المطلب الثاني - التبايع بطريق النيابة
٨١	١ - التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي:
٨٣	ولاية الولي في البيع والشراء
٨٣	ولاية الوصي والقيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء
٨٥	ولاية الحارس القضائي في البيع والشراء
٨٦	٢ - بيع النائب لنفسه:
٨٦	القاعدة العامة
٨٧	تطبيقات خاصة
٩٤	المبحث الثاني - شروط الصحة
٩٤	المطلب الأول - الأهلية في عقد البيع
٩٤	تميز الأهلية عما يلتبس بها من النظم
٩٤	أهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشتري
٩٦	متى يكفى التمييز في أهلية البيع والشراء
٩٧	المطلب الثاني - عيوب الرضاء في عقد البيع
٩٧	تطبيق القواعد العامة
٩٩	علم المشتري بالمبيع
١٠٢	خيار الرؤية في الفقه الحنفي
١٠٣	خيار الرؤية في المذاهب الأخرى في الفقه الإسلامي
١٠٥	خيار الرؤية في التقنين المدني المصري
١٠٨	المبحث الثالث - بعض البيوع الموصوفة
١١٠	١ - البيع بشرط التجربة:
١١١	كيف يعلق البيع على شرط التجربة

١١٢	كيف تكون التجربة والوقت الذي تتم فيه
١١٤	التجربة شرط واقف
١١٦	التجربة شرط فاسخ
١١٦	٢ - البيع بشرط المذاق:
١١٧	كيف يعلق البيع على شرط المذاق
١١٨	كيف يتم المذاق
١١٩	التكليف القانوني للبيع بالمذاق
١٢٠	الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة
١٢١	٣ - بيع الوفاء:
١٢٥	أ) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق
١٣٧	ب) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني الجديد:
١٣٧	بيع الوفاء باطل
١٣٩	ما الذي يترتب على بطلان بيع الوفاء
١٤٠	تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ
١٤٣	ليس للتقنين الجديد أثر رجعي
١٤٤	٤ - البيع بالتفسيط أو الإيجار السائر للبيع:
١٤٥	تطبيقات عملية
١٤٦	البيع بالتفسيط
١٤٩	الإيجار السائر للبيع
١٥٢	الإيجار المقترن بوعد البيع
١٥٤	٥ - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير:
١٥٤	الصور العملية لهذا البيع
١٥٦	حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير
١٥٧	كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير
١٥٨	حكم البيع بعد التقرير بالشراء عن الغير
١٦٠	صورة خاصة - تقرير الراسي عليه المزااد الشراء عن الغير
١٦١	من أنواع البيوع الخاصة
١٦١	١ - بيع العقارات محل الحراسة
١٦٢	٢ - بيع التركات الشاغرة
١٦٢	٣ - بيع أملاك الدولة الخاصة
١٦٣	٤ - بيع الصادر في فترة المنع من التصرف
١٦٤	٥ - بيع الحصاة الشائعة في عقار مني
١٦٤	٦ - بيع الوحدات السكنية

٢٠٨	أ) بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث:
٢٠٨	حكم هذا البيع فيما بين الطرفين
٢١٦	حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير
٢١٩	ب) بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر:
٢١٩	التمييز بين حالتين
٢٢١	أحكام مشتركة في التحارج
٢٢٣	الفرق بين التحارج كصلح والتحارج كقسمة
٢٢٣	المطلب الثالث - صلاحية المبيع للتعامل فيه
٢٢٤	١- عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء
٢٢٥	١- عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية:
٢٢٦	تطبيقات مختلفة
	بيع التركة المستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء -
٢٢٧	إحالة
٢٢٧	بيع العملاء
٢٢٩	المطلب الرابع - ملكية البائع للشيء المبيع
٢٣٠	١- بيع ملك الغير:
٢٣٢	تحديد منطقة بيع ملك الغير
٢٣٦	أ) تأصيل البطلان في بيع ملك الغير:
٢٣٦	النظريات التقليدية
٢٣٩	رأى يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل
٢٤٠	رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف
	الرأى الذى نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال
٢٤١	بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان
٢٤٤	بيع عقار الغير قابل للإبطال بعد التسجيل وقبله
٢٤٧	ب) أحكام بيع ملك الغير:
٢٤٧	فيما بين المتعاقدين:
٢٤٧	المشتري وحده هو الذى يحوز له إبطال البيع
٢٥٠	وللمشتري أن يطلب التعويض
٢٥٢	وللمشتري أن يجيز البيع
٢٥٣	ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بألولة ملكية المبيع إلى البائع
٢٥٥	بالنسبة إلى المالك الحقيقي:
٢٥٥	إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع
٢٥٦	إذا أقر المالك الحقيقي البيع

١٦٥	الفرع الثانى - المحل فى عقد البيع
١٦٥	المبحث الأول - المبيع
١٦٦	المطلب الأول - وجود المبيع
١٦٧	١- بيع الحقوق المتنازع فيها:
١٦٨	أ) بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء:
١٧٠	متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه
١٧٤	كيف يكون الاسترداد
١٧٦	الآثار التى تترتب على الاسترداد
١٧٨	الحالات الاستثنائية التى لا يجوز فيها الاسترداد
١٨١	ب) بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء:
١٨٢	البيع لعمال القضاء وحق الاسترداد
١٨٤	المشترون للحقوق المتنازع فيها
١٨٧	جزاء الحظر
١٨٨	تعامل المحامى فى الحق المتنازع فيه
١٨٩	٢- بيع السلم:
١٨٩	السلم فى الفقه الإسلامى
١٩٢	السلم فى القانون المصرى
١٩٣	المطلب الثانى - تعيين المبيع
١٩٤	١- البيع بالتقدير والبيع بالجزاف:
١٩٤	كيف يكون البيع بالتقدير
١٩٥	كيف يكون البيع بالجزاف
	أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث انتقال الملكية
١٩٨	أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل تبعه الهلاك
٢٠٠	لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث إنشاء الالتزامات الشخصية
٢٠٠	٢- البيع بالعينة:
٢٠١	العينة طريق لتعيين المبيع
٢٠٢	وجوب مطابقة المبيع للعينة
٢٠٣	جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة
٢٠٤	إثبات العينة
٢٠٥	٣- بيع التركة

٢٥٨	٢- بيع المال الشائع
٢٥٩	أ) بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع:
٢٥٩	بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع
٢٦٣	بيع الشريك كل المال الشائع
٢٦٣	أثر البيع في حقوق باقى الشركاء
٢٦٥	ب) بيع التصفية:
٢٦٥	متى يكون بيع التصفية
٢٦٦	إجراءات بيع التصفية
٢٦٧	الآثار التى تترتب على بيع التصفية
٢٦٨	٣- بيع المريض مرض الموت:
٢٧١	أ) ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض:
٢٧١	ما هو مرض الموت
٢٧٢	المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه
٢٧٣	ويغلب فى المرض خوف الموت
٢٧٥	وينتهى المرض بالموت فعلاً
٢٧٨	الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم فى حكم المرضى
٢٧٩	مرض الموت
٢٨١	إثبات مرض الموت
٢٨٤	سبب تقييد التصرف فى مرض الموت
٢٨٥	الحكم العام فى تصرفات المريض مرض الموت
٢٨٦	ب) أحكام البيع فى مرض الموت:
٢٨٧	البيع بما لا يقل عن القيمة
٢٨٨	البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة
٢٩٠	البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة
٢٩٠	التصرف بغير ثمن أصلاً
٢٩٠	حماية الغير حسن النية
٢٩١	٤- بيع الوارث لعين فى التركة قبل سداد الديون
٢٩١	سريان مبادئ الفقه الإسلامى
٢٩٥	انتقال أموال التركة إلى الورثة فى الفقه الإسلامى
٢٩٦	تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الدين فى الفقه الإسلامى
٢٩٩	انتقال التركة المدينة إلى الورثة فى التقنين الجديد
٣٠١	تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة التى لم تخضع لنظام التصفية

٢٥٨	٢- بيع المال الشائع
٢٥٩	أ) بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع:
٢٥٩	بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع
٢٦٣	بيع الشريك كل المال الشائع
٢٦٣	أثر البيع في حقوق باقى الشركاء
٢٦٥	ب) بيع التصفية:
٢٦٥	متى يكون بيع التصفية
٢٦٦	إجراءات بيع التصفية
٢٦٧	الآثار التى تترتب على بيع التصفية
٢٦٨	٣- بيع المريض مرض الموت:
٢٧١	أ) ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض:
٢٧١	ما هو مرض الموت
٢٧٢	المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه
٢٧٣	ويغلب فى المرض خوف الموت
٢٧٥	وينتهى المرض بالموت فعلاً
٢٧٨	الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم فى حكم المرضى
٢٧٩	مرض الموت
٢٨١	إثبات مرض الموت
٢٨٤	سبب تقييد التصرف فى مرض الموت
٢٨٥	الحكم العام فى تصرفات المريض مرض الموت
٢٨٦	ب) أحكام البيع فى مرض الموت:
٢٨٧	البيع بما لا يقل عن القيمة
٢٨٨	البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة
٢٩٠	البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة
٢٩٠	التصرف بغير ثمن أصلاً
٢٩٠	حماية الغير حسن النية
٢٩١	٤- بيع الوارث لعين فى التركة قبل سداد الديون
٢٩١	سريان مبادئ الفقه الإسلامى
٢٩٥	انتقال أموال التركة إلى الورثة فى الفقه الإسلامى
٢٩٦	تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الدين فى الفقه الإسلامى
٢٩٩	انتقال التركة المدينة إلى الورثة فى التقنين الجديد
٣٠١	تصرف الوارث فى أعيان التركة المدينة التى لم تخضع لنظام التصفية

الشرط الثالث - لا يكون البيع في مزاد علني تم وفقاً لأحكام

القانون ٣٣٩

الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت البيع

بأكثر من الخمس ٣٤٣

ب) ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش: ٣٤٤

دعوى تكملة الثمن ٣٤٤

دعوى الفسخ ٣٤٦

الفصل الثاني - الآثار التي تترتب على البيع

الفرع الأول - التزامات البائع ٣٤٩

المبحث الأول - نقل ملكية المبيع ٣٤٩

المطلب الأول - نقل الملكية بوجه عام ٣٥٠

١ - التطور التاريخي للبيع كعقد ناقل للملكية: ٣٥٠

البيع في القانون الروماني ٣٥٠

البيع في القانون الفرنسي القديم ٣٥١

البيع في الفقه الإسلامي ٣٥٢

البيع في القانون الحديث ٣٥٣

٢ - تحليل معنى نقل الملكية: ٣٥٤

الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً ٣٥٤

الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ٣٥٤

التزام البائع بالأعمال التمهيديّة لضرورة لنقل الملكية ٣٥٥

الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري ٣٥٨

البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن - إحالة ٣٦١

٣ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما الذي يترتب على انتقالها

فعلاً: ٣٦١

ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية ٣٦١

ما الذي يترتب على انتقال الملكية فعلاً للمشتري ٣٦٣

المطلب الثاني - نقل الملكية في المنقول ٣٦٥

١ - الشيء المعين بذاته: ٣٦٥

انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد ٣٦٥

انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ٣٦٦

انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير ٣٦٦

انتقال الملكية في البيع الجراف - إحالة ٣٦٧

٢ - الشيء معين بنوعه: ٣٦٧

انتقال الملكية بالإفراز ٣٦٧

كيف تنتقل الملكية بالإفراز - إحالة ٣٦٨

الحكم فيما إذا امتنع البائع عن الإفراز - إحالة ٣٦٨

نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري ٣٦٨

المطلب الثالث - نقل الملكية في العقار ٣٧١

لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل ٣٧١

١ - تطور نظام الشهر العقاري في مصر: ٣٧٢

نظام الشهر بوجه عام ٣٧٢

عهود أربعة في مصر: ٣٧٧

المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدني القديم ٣٧٧

المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدني السابق ٣٧٨

المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣

المرحلة الرابعة - نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري ٣٨٤

٢ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة: ٣٩٢

أولاً - عهد التقنين المدني السابق: ٤٠٤

انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى التسجيل - ٤٠٤

التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث ٤٠٤

انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل ٤٠٥

ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري: ٤١٠

أ) حكم البيع قبل أن يسجل: ٤١٠

البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما ٤١٠

بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من ٤١٠

الوارث ٤١٠

ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينتج آثاره عدا نقل ٤١٠

الملكية بالفعل ٤١٤

البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية - ٤١٤

كيف ينفذ هذا الالتزام ٤١٧

دعوى صحة التعاقد ٤١٨

دعوى صحة التوقيع ٤٣٠

البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب ٤٣٧

البائع وفي جانب المشتري ٤٣٧

٥١٢	التسليم الفعلى
٥١٥	تطبيقات فى التسليم الفعلى
٥١٧	التسليم الحكمى
٥١٩	٢- زمان التسليم ومكانه
٥١٩	زمان التسليم
٥٢١	مكان التسليم
٥٢٣	زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه
٥٢٥	٣- نفقات التسليم
٥٢٥	نفقات تسليم المبيع على البائع
٥٢٦	نفقات تسلم المبيع على المشتري - إحالة
٥٢٦	المطلب الثالث - الجزاء على الإخلال بالالتزام التسليم - تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم
٥٢٦	التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض فى الحالتين
٥٢٩	١- تبعة الهلاك الكلى قبل التسليم:
٥٣١	تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم
٥٣٢	هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم
٥٣٣	هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائى قبل التسليم
٥٣٦	إعذار البائع المشتري لتسلم المبيع
٥٣٦	هلاك المبيع فى يد البائع وهو حابس له
٥٣٧	٢- تبعة الهلاك الجزئى أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم:
٥٣٨	الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري
٥٣٨	الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائى
٥٣٩	الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بعد إعذار المشتري أو بعد حبس المبيع
٥٣٩	المبحث الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق
٥٣٩	خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق
٥٤٢	شمول ضمان التعرض والاستحقاق
٥٤٣	المطلب الأول - التعرض الصادر من البائع
٥٤٣	أ) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع:
٥٤٥	١- أعمال التعرض الصادر من البائع:
٥٥٠	تملك البائع المبيع بالتقادم
٥٥٢	٢- المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع - عدم قابلية الالتزام للانقسام

٤٤٠	البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً
٤٤٣	ب) حكم البيع بعد أن يسجل:
٤٤٣	البيع المسجل يرتب جميع الآثار التى يرتبها البيع غير المسجل
٤٤٣	ويزيد البيع المسجل أن ينقل الملكية فعلاً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير
٤٤٦	أولاً- نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل أثر رجعى:
٤٤٦	الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - ليس للتسجيل أثر رجعى
٤٥١	الرأى المعارض - للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين
٤٥٢	القول بالأثر الرجعى أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية
٤٥٦	القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق
٤٦٠	القول بالأثر الرجعى هو الذى يتفق مع القواعد العامة
٤٦٤	القول بالأثر الرجعى لا يتعارض مع نصوص القانون
٤٦٥	ثانياً- نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده أولاً
٤٦٧	شرط حسن النية فى عهد التقنين المدنى السابق - إحالة
٤٦٧	شرط حسن النية فى عهد قانون التسجيل
٤٧٢	شرط حسن النية فى قانون الشهر العقارى
٤٨٢	المبحث الثانى - تسليم المبيع
٤٨٤	المطلب الأول- محل التسليم
٤٨٤	١- حالة المبيع:
٤٨٥	كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع
٤٨٧	تغير حالة المبيع
٤٨٩	وجود اتفاق خاص على حالة المبيع
٤٩٠	٢- مقدار المبيع:
٤٩٥	حالة نقص المبيع
٤٩٧	حالة زيادة المبيع
٤٩٩	تقدم الدعاوى التى تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته
٥٠٣	٣- ملحقات المبيع:
٥٠٤	تحديد معنى ملحقات المبيع
٥٠٦	تطبيقات مختلفة فى ملحقات المبيع
٥١٠	المطلب الثانى - كيف يتم التسليم
٥١٠	١- طريقة التسليم:

٧٤٣	المبحث الثالث - تسلم المبيع
٧٤٥	كيف يكون تسلم المشتري للمبيع
٧٤٦	زمان تسلم المبيع ومكانه
٧٤٦	نفقات تسلم المشتري للمبيع
٧٤٨	الجزاء على إخلال المشتري بالتزام تسلم المبيع

الباب الثاني عقد المقايضة

٧٥٣	تميز عقد المقايضة عن عقد البيع
٧٥٥	تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذى تسمح به طبيعتها
٧٥٦	١ - الموافقات بين المقايضة والبيع:
٧٥٦	أركان المقايضة
٧٥٧	الآثار التى تترتب على المقايضة
٧٥٩	٢ - المفارقات بين المقايضة والبيع:
٧٥٩	مبدأ عام
٧٦٠	تطبيقات لهذا المبدأ العام

٦٧٦	دفع الفوائد
٦٧٨	تملك المشتري لثمر المبيع وتماته من وقت تمام البيع وتحمل نفقاته من هذا الوقت
٦٨٠	متى تستحق الفوائد القانونية على الثمن
٦٨٧	٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن:
٦٨٧	أ) الزمان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن
٦٨٩	متى يكون الثمن مستحق الدفع
٦٩٢	حبس المشتري للثمن
٦٩٩	ب) المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن:
٧٠٠	الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع
٧٠١	الثمن مستحق الدفع فى وقت غير وقت تسليم المبيع
٧٠٣	المطلب الثانى - جزاء الإخلال بالتزام بالوفاء بالثمن
٧٠٤	١ - حبس المبيع:
٧٠٧	متى يثبت للبائع حبس المبيع
٧١٠	ما الذى يترتب على ثبوت حق الحبس المبيع للبائع
٧١١	كيف ينقضى حق البائع فى حبس المبيع
٧١٤	٢ - فسخ البيع:
٧١٥	أ) الفسخ القضائى:
٧١٦	متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن
٧٢١	كيف يكون فسخ البيع
٧٢٦	الآثار التى تترتب على فسخ البيع
٧٣٠	ب) الفسخ الاتفاقى:
٧٣١	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً
٧٣٢	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم
٧٣٤	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار
٧٣٦	حكم خاص ببيع المنقول
٧٣٩	الآثار التى تترتب على الفسخ الاتفاقى - إحالة
٧٣٩	المبحث الثانى - تحمل مصروفات البيع
٧٤١	المشتري قام بمصروفات البيع
٧٤٣	البائع قام بمصروفات البيع أو ببعضها